
3 1761 06738359 6



INSTITUCIONES

DE

DERECHO REAL

DE ESPAÑA,

POR EL DOCTOR

D. JOSE MARIA ALVAREZ,

CATEDRATICO DE INSTITUCIONES DE JUSTINIANO EN LA UNIVERSIDAD

DE GOATEMALA.

ADICIONADAS

CON VARIOS APENDICES, PARRAFOS, &.ª

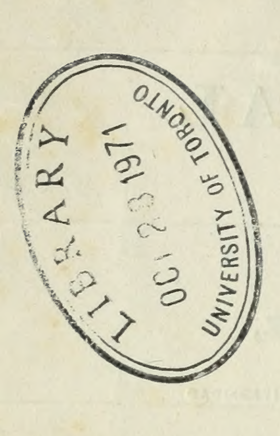
POR

DALMACIO VELEZ.

Buenos-Aires.

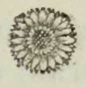
IMPRENTA DEL ESTADO.

1834.


LIBRARY
OCT 28 1971
UNIVERSITY OF TORONTO

ADVERTENCIA.

Los apéndices, párrafos, notas y citas de leyes que están indicados con un asterisco ó con otros signos que no sean números ó letras, son las adiciones que se han hecho á la obra.



PROLOGO.

Sin embargo de regir por muchos siglos el derecho de Justiniano en la mayor parte de la Europa, y de ser una materia principal de enseñanza en las mas célebres universidades, no habia hasta Heinecio una obra elemental de la jurisprudencia romana. El nos dió sus famosas *Recitaciones*, y se vió entonces lo que la ciencia exigia en el escritor de unas instituciones. No fueron mas felices las escuelas de derecho español; pues habia siempre que poner en manos de los jóvenes, autores sin juicio, sin ciencia, y aun sin idioma. Un catedrático de Goatemala sin aspirar á una originalidad que era imposible alcanzar despues de Heinecio, se propuso dar la obra que aun nos faltaba. Tomó por modelo las *Recitaciones* de aquel grande hombre, sabiendo que los principios del derecho romano son en su mayor parte principios del derecho de España; las siguió exáctamente, y puede decirse que aun las tradujo, pero siempre fundado en la ley española. Dejó solo lo que no era conforme con nuestra legislacion, y le agregó todo aquello que no podia haber en unas instituciones de derecho romano. De este

modo nos dió una obra elemental de la Jurisprudencia de España de igual mérito que las *Recitaciones* de Heinecio.

En Madrid se reimprimió, y sus editores lo único que hicieron fué suprimirle las disposiciones peculiares de la legislacion de Indias, y agregarle un título sobre mayorazgos. En esta forma nos vino la obra del Dr. Alvarez, y sobre esta edicion es que he hecho un corto trabajo. Mi primer cuidado ha sido verificar todas las citas de leyes y autores, y corregir los innumerables errores que tenia á este respecto. He citado tambien las leyes que debian citarse en los lugares que el autor habia olvidado hacerlo, y cuando he creido conveniente, he agregado otras á las citadas, que juzgaba debian verse precisamente. He indicado, y en algunas partes he puesto á la letra leyes nacionales promulgadas despues de 1810, y otras de la Provincia de Buenos Aires, en puntos que habia habido algunas innovaciones. Aunque he carecido de la edicion de Goatemala, creo haber restituido lo que el autor era probable que dijese, ó lo que debia decir en algunas materias sobre el derecho de Indias que aparecia suprimido. Le he agregado igualmente algunos párrafos sobre puntos que el autor no habia hablado, y le he puesto unas cortas notas para esplicar otros. Algunas importantes materias de uso diario en el

foro, y de que no pueden carecer unas instituciones de derecho, no se veian tratadas en la obra del Dr. Alvarez; para suplir esta falta le he agregado los apéndices siguientes.

Sobre el estado actual de la esclavitud en esta República y principalmente en Buenos Aires.

De la restitucion in integrum de los menores.

De los diversos derechos de los menores.

De las obligaciones dividuas é individuas.

De las dotes y bienes parafernales.

Habria sido conveniente agregarle algunos tratados mas; pero rodeado de otras atenciones, solo he tenido para el trabajo de esta edicion el tiempo necesario para la prensa. Sin embargo, me persuado que en la forma en que sale la obra es el curso mas completo de derecho que hasta el dia se ha publicado, y sin duda alguna el mas cientifico de quantos se han escrito sobre la jurisprudencia española; teniendo tambien el mérito, sino me engaño, de estar arreglado al derecho de Indias, y al de nuestra República en todas las materias en que ha habido algunas innovaciones desde 1810 hasta el presente.

COMPENDIO

DE LA HISTORIA

DEL DERECHO DE ESPAÑA.

Como este compendio no tiene otro objeto que dar á los principiantes alguna idea de los códigos de nuestro derecho, solo haré en él una breve relacion de aquello en que convienen nuestros autores, desentendiéndome de las prolijas disputas que suelen mezclarse en esta materia.

Aunque no faltan quienes hayan querido descubrir las leyes con que se gobernaron los primeros fundadores de España antes de la invasion de los cartaginenses en ella (1), no obstante sobre este particular es menester confesar que no tenemos cosa cierta. Lo mas probable parece ser, que no tuvieron leyes escritas, gobernándose sin duda por las de costumbre y por juicios arbitrarios, fundados en equidad y justicia. Se cree que los cartaginenses comenzarian por lo menos á introducir las suyas en las provincias que dominaron. Pero aun esta conjetura no carece de inverosimilitud si se atiende al poco tiempo que duró su gobierno, que fué de poco mas de docientos años, y á las contínuas guerras con que estuvieron agitados en todo él.

A los cartaginenses siguieron los romanos en la dominacion de España, y de estos no hay duda que luego que perfeccionaron la conquista de todas sus provincias, introdujeron en ellas su lenguage, sus costumbres y su legislacion.

En la decadencia del imperio romano de occidente, pasò España á la dominacion de diferentes naciones bárbaras del norte, como fueron los Godos, los Vándalos, los Alanos, los

(1) Prieto Sotelo lib. 1 cap. 3 n. 3 y sig.

Suevos y Silingos. Todos ellos se disputaron largo tiempo el dominio, hasta que los godos con la ruina ò destierro de todas las otras, quedaron por dueños ùnicos de España, lo que sucedió hàcia el año de 412 de Jesucristo. Los godos en el principio de su reinado permitieron á los españoles continuar usando de las leyes romanas, à que parece estaban acostumbrados, y poco á poco fueron ellos estableciendo algunas. El primero que las dió escritas fuè el Rey Eurico, que murió el año de 483. A ellas añadieron otras sus sucesores, y principalmente Leovigildo, quien enmendó y arregló las que habia, quitando las supèrfluas y añadiendo otras necesarias.

Fuero Juzgo. El primer còdigo de leyes godas es el famoso que se publicó el siglo XII en latin con el nombre de *Liber Judicum*, llamado tambien *Fuero de los Jueces*, ó *Fuero Juzgo*, y se tiene por fuente y orígen de las leyes de España. Divídese esta obra en doce libros repartidos en títulos, y sus leyes se componen de edictos de diversos Reyes godos, de decretos de varios Concilios toledanos, y de otras leyes, cuyo orígen no se espresa. Se duda sobre su autor, y unos le atribuyen á Sisenando, otros à Chindasvindo, y otros á Recesvinto, que todos florecieron en el siglo VII.

Despues de la entrada de los árabes en España, que sucedió el año de 714, en que se arruinó la monarquía goda, continuaron en regir las leyes godas por muchos años en las provincias que se preservaron de los moros y en las que se iban recobrando, gobernàndose por ellas y por las costumbres de la nacion en general. La division de las provincias que se conquistaban á los moros, y la diferencia que con el tiempo se iban notando en muchas cosas del gobierno particular de cada una, originaron la variedad de còdigos que se establecieron en ellas. En Castilla se estableció á fines del siglo X y principios del XI, por su conde D. Sancho García, el *Fuero* llamado *viejo de Castilla*, cuyas leyes son, despues de las del Fuero Juzgo, las fundamentales de la corona de Castilla, separada de la de Leon. D. Alonso VII en

las Cortes de Nájera de 1128 le aumentó y enmendó, publicando diferentes leyes respectivas al estado de los nobles. A ellas se unieron despues varios usos y costumbres de Castilla, y diferentes *fazañas* ò sentencias pronunciadas en los tribunales del reino, las cuales rigieron hasta el reinado de D. Alonso XI, que quiso fuesen preferidas las del codigo que arreglò y publicò en las Cortes de Alcalá del año de 1348, conocido por el nombre de *Ordenamiento Real de Alcalà*. Ultimamente el Rey D. Pedro en las Cortes de Valladolid de 1351 enmendó y arregló el *Fuero de Castilla* en la forma que ha llegado à nuestros tiempos, siendo conocido tambien por los nombres de *Fuero de los Hijosdalgos, Fuero de Burgos, y Fuero de las fazañas, albedríos y costumbres antiguas de España.*

En el reino de Leon diò el Rey D. Alonso V. en las Cortes generales que tuvo en la ciudad de este nombre el año de 1020, el fuero llamado de Leon, compuesto de leyes establecidas en aquella asamblea para el gobierno de la misma ciudad y reino, con inclusion de Galicia y la parte de Portugal conquistada hasta entonces, continuando en regirse por ellas hasta que se publicó el còdigo llamado *Fuero Real;* y aunque se establecieron en Castilla y Leon los dos fueros referidos, castellano y leones, continuaron en observarse tambien en sus provincias, mas ó menos respectivamente, las leyes del Fuero Juzgo en todo lo perteneciente al derecho comun, hasta que con el tiempo se fuè entibiando su observancia, principalmente en Castilla la Vieja; pero si decayó su vigor en esta, le recobró en la estension de Castilla la Nueva y las provincias que se fueron conquistando desde el reinado de D. Alonso VI hasta principios del de D. Alonso el Sabio, cuyos Monárcas dieron las leyes de este código á los pueblos conquistados para su gobierno en todo lo perteneciente al derecho comun.

El Rey D. Alonso X, llamado el Sabio (1), deseando Fuero Real.

(1) No faltan quienes defiendan que D. Alonso el Sabio fué IX y

anular los fueros de poblacion y conquista, y los generales de Castilla y Leon, para evitar la confusion y aun complicacion de tanta multitud de leyes diferentes en cada provincia, ordenó y publicò en el año de 1255 el *Fuero Real*, conocido tambien por los nombres de *Libro de los consejos de Castilla*, *Fuero de las Leyes y Fuero de la Corte*, porque se decidian por él principalmente los juicios en los tribunales de la Corte, mandando que sus leyes fuesen generales y únicas en todos sus dominios; pero reconociendo la nobleza y los pueblos, particularmente de Castilla, que por ellas quedaban derogados sus antiguos fueros y franquezas, las reclamaron y recobraron en tiempo del mismo Rey D. Alonso, cesando entre ellos la observancia del Fuero Real, el cual se aceptò generalmente en Estremadura, en Algarve, Andalucía, reino de Murcia &c., habiendo hecho la misma reclamacion los Consejos de las ciudades y villas de la corona de Leon, en tiempo de las discordias del Infante Don Sancho con su padre el mismo Rey Don Alonso, capitulando entre otras cosas el restablecimiento de las leyes del Fuero Leonés y Fuero Juzgo.

Leyes del Estilo.

El Fuero Real no dejó de tener muchos defectos; con este motivo, para su mayor declaracion è inteligencia fué necesario se compusiesen las advertencias llamadas Leyes de Estilo en número de doscientas cincuenta y dos con autoridad del mismo Rey Don Alonso, de su hijo Don Sancho y de Don Fernando el Emplazado, segun se declara en su prôlogo. Se publicaron á fines del siglo XIII ó principios del XIV, y algunas de ellas se hallan insertas en la Nueva Recopilacion.

Las siete Partidas.

Despues del Fuero Real sigue el código célebre de las Partidas. El prólogo de esta obra nos refiere que el Rey Don Alonso el Sabio la emprendiò por mandado de su padre S. Fernando el año de 1251, 4.º de su reinado,

---

no X, y que el X fué el autor del Fuero Real, y por consiguiente que este es posterior á las Partidas. Los fundamentos de esta opinion no parecen de mucha gravedad, y pueden verse en Colon Librer. de Escrib. lib. 1. cap. 2. n. 10.

y que la acabò siete años despues. No se observaron estas leyes hasta el tiempo de Don Alonso XI (hácia el año de 1348) , quien por la ley 1. , tít. 28 de su Ordenamiento de Alcalá, las publicó y dió valor, habiéndolas antes enmendado y correjido á su sastifaccion. Esto mismo consta en la ley 3. , tít. 1. lib. 2.° de la Nueva Rec. Se tiene por cierto que la causa de haberse dilatado tanto tiempo la publicacion de este código fueron las turbulencias, guerras y otros gravísimos negocios ocurridos en el reinado de Don Alonso el Sabio y en los dos siguientes.

Se componen las Partidas en gran parte de leyes del Derecho Romano, de capítulos del Derecho Canónico, y de autoridades de los Santos Padres. Es evidente que contìenen al mismo tiempo muchas leyes antiguas del reino, y que se consultaron las costumbres y fueros de la nacion, deseando saliese un cuerpo legal perfecto y peculiar de nuestra España ; pero este objeto tan importante no se logró completamente.

Ordenamiento de Alcalá.

Don Alonso XI, queriendo que todos sus reinos se gobernasen por unas mismas leyes, teniendo presente las que promulgò en las Cortes de Ciudad Real y Segovia, formò en las de Alcalà año de 1348 el Ordenamiento de Leyes, conocido por este nombre, mandando que rigiesen en sus dominios con preferencia á los códigos antiguos, y despues de ellas las de los Fueros Municipales de los pueblos, y las de las Partidas, habiéndolas antes corregido; lo cual renovó D. Enrique II en las Cortes de Toro año de 1369, y la Reina Doña Juana en la ley 1.ª de Toro que se halla inserta en la Nueva Recopilacion. Casi todas las leyes de este código se pasaron asimismo á dicha Recopilacion, ó enteras ó con alguna leve mutacion.

Ordenamiento Real.

De las leyes de este còdigo, y de las que promulgaron los Reyes sucesores, desde Don Alonso XI hasta los Reyes Católicos se formó el que conocemos con el título de *Ordenanzas Reales de Castilla*, y tambien con el de *Ordenamiento Real.* Se compone de varias leyes, ya dispersas, ya

contenidas en el Fuero Real, Leyes de Estilo y Ordenamiento de Alcalá, y se divide en ocho libros. Se cree que su autor Alonso Montalvo, emprendiò esta obra de órden de los Reyes Don Fernando y Doña Isabel, como lo asegura èl mismo en su pròlogo; pero nunca se espidiò ley alguna que diese fuerza à esta compilacion, por lo que sus leyes no tienen otra que la que merecen en su original.

Nueva Recopilacion. A las referidas colecciones se siguió otra que se llamò la *Nueva Recopilacion.* Esta se concluyó y publicò el año de 1567. en dos tomos comprensivos de nueve libros, incorporándose en ella las leyes que corrian en varios cuadernos, y otras que se hallaban sueltas. En las posteriores ediciones, hechas en los años de 1581, 92 y 98, 1640, 1723 y 1745, se le fueron aumentando muchas leyes establecidas en el tiempo intermedio de una edicion à otra; de suerte que en la de 1745 se le añadiò un tercer tomo en el cual, bajo el nombre de *Autos acordados del Consejo*, se incluyeron mas de quinientas pragmáticas, cédulas, decretos, òrdenes, declaraciones y resoluciones reales espedidas hasta dicho año, distribuyéndolas por el mismo òrden de títulos y libros contenidos en los dos tomos de Leyes Recopiladas. Con el aumento de veinte y seis leyes, y doce autos salieron otras tres ediciones en los años de 1772, 75 y 77, ofreciendo dar al público en otro tomo separado por via de suplemento el gran número de cédulas y decretos reales, y autos acordados que habian salido desde el año de 1745.

Novísima Recopilacion. Ultimamente se ha publicado otra edicion de la misma Recopilacion, no por el método y órden de la antigua, sino en nueva forma, aprovechando las leyes útiles contenidas en aquella, y agregando mas de dos mil providencias respectivas al tiempo desde 1745 hasta 1805. Esta recopilacion, dividida en doce libros, se aprobò y mandò observar por el Señor Don Cárlos IV, con el tìtulo de *Novísima Recopilacion de las leyes de España*, por una real cèdula de 15 de Julio de 805, que se halla al principio de la obra.

Conocidas las épocas de la promulgacion de todos estos códigos, y sabido el principio de que *las leyès posteriores derogan á las anteriores*, se conocerá el valor relativo de todas las partes de nuestra legislacion, y se sabrà por cuales leyes debe fallarse en los diversos casos que pueden ocurrir. Pero para proceder en materia tan importante segun el tenor de las leyes, vèase la 3.ª tìt. 2.º lib. 3.º de la Nov. Rec.

* Los Reyes de España publicaron otra Recopilacion que comenzò á formarse desde el tiempo de Felipe II, y se conoce con el nombre de *Recopilacion de las Leyes de Indias.* En él, como en los otros còdigos españoles, se encuentra el derecho civíl mezclado con leyes sobre la administracion polìtica, y sobre otros objetos estraños de los códigos civiles. Como se vé en la ley que encabeza este cuerpo de derecho, en América debe solo juzgarse por èl, y en su falta, por los còdigos de que se ha hablado. Recop. de Indias.

* Hay otras leyes sueltas bajo la denominacion de Reales Cedulas &, publicadas despues de la Recopilacion de Indias. Estas solo tienen fuerza de tales, habiendo pasado por el Consejo de Indias y comunicàdose á la respectiva Audiencia. Reales cedulas

* Principiada la guerra de la independencia, los congresos nacionales, y el poder ejecutivo general han dado en diferentes tiempos varias leyes y decretos, que hasta el dia no se han reunido en un cuerpo; pero publicados como están, por ellos se juzga en los asuntos sobre que disponen. Leyes Nacionales:

* La Provincia de Buenos Aires mientras se ha gobernado por sus propias instituciones se ha dado varias leyes y decretos que se hallan reunidos en el *Registro Oficial.* Registro Oficial.

LIBRO PRIMERO.

DE LAS INSTITUCIONES DEL DERECHO DE ESPAÑA E INDIAS.



TÌTULO I.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

PRIMERA PARTE.

DE LA JUSTICIA Y SUS DIVISIONES.

1. Como cualquiera que se dedica al estudio de alguna ciencia debe saber el fin á que ella se destina, diremos aqui brevemente cual sea el de la jurisprudencia, de que vamos à tratar. El fin último á que esta noble ciencia dirige sus conocimientos es la observancia de la justicia, y este mismo debe ser el fin pròximo de un buen jurisconsulto. Porque asi como la felicidad eterna de los hombres es el fin último de la teología, y la sanidad del cuerpo humano el de la medicina, porque á esto dirigen sus miras estas facultades, asi tambien el fin de la jurisprudencia y del jurisconsulto que se aplica á ella, debe ser la tranquilidad interna de la república, que no se consigue sinó es por medio de la justicia. No nos quedará duda de esta verdad si reflexionamos que quitada ella, la vida de los hombres será semejante à la de los peces, entre los cuales el mayor devora al menor. Se inventó, pues, la jurisprudencia para que los derechos de todos fuesen guardados; para que se dé á cada uno lo que es suyo, se premien las virtudes y se castiguen los vicios. Es decir, para que vivan los hombres una vida quieta y tranquila en piedad y honestidad, como dice el Apòstol.

2

2. De este fin se apartan los que se aplican al estudio del derecho con la mira de defender cualesquiera causas en el foro y hacer ganancias arruinando las fortunas de los hombres. Estos no se deben llamar abogados ni jurisconsultos, sinó buitres togados, tanto peores que los ladrones, cuanto mas impunemente roban bajo la capa de defender la justicia. Quede, pues, profundamente impreso en los cursantes de derecho que el fin de la jurisprudencia no es otro que la guarda de la justicia.

3. Veamos ahora que cosa es la justicia, y como se divide. La justicia, tomada en general, podemos decir que es *la observancia de todas las leyes que previenen no dañar à otro, dar á cada uno lo que es suyo y vivir honestamente* (1). Se divide en *moral y civil*. La justicia moral es una virtud que reside en el alma, ó un hàbito con el cual el hombre arregla todas sus acciones á la ley (2). En este sentido, pues, no es justo aquel que cumple en el exterior con los oficios á que està obligado, si no los practíca por amor de la virtud: el fariseo que se jactaba de no ser ladron, adùltero ni publicano, no era moralmente justo, porque solo se abstenia de estas acciones malas por hipocresía, y no por amor de la virtud. Por el contrario, justicia civíl se dice aquella que hace al hombre arreglar sus acciones esternas à las leyes, pero sin que esto nazca de amor á la virtud ni de rectitud de juicio; sinó por medio de la pena. De aqui se infiere que si uno paga los tributos á que está obligado al Prìncipe, se abstiene de matar, de robar, ó de otro modo dañar á ninguno de sus conciudadanos, será justo civìlmente aunque todo esto lo practique contra su voluntad, aunque sea un hipócrita y aun cuando fuese un ateista. Esto nace de que como son los medios, asi es el fin: los medios que la jurisprudencia suministra son las penas y los prémios. Estos no hacen justos moral, sino solo civílmente, porque en el fuero esterno ninguno es castiga-

(1) Arg de la ley. 3. tít. . Par 3.
(2) Ley 1. tít 1. Part. 3

do por culpa que no turba la tranquilidad de la república, que es el fin de la sociedad. Luego la justicia que es el fin de la jurisprudencia no es otra que la civíl.

4. De lo dicho se infiere el juicio que se debe hacer de la definicion de la justicia que da Justiniano, y la ley de Partida, (1) diciendo *que es una constante y perpetua voluntad de dar á cada uno lo que es suyo.* Esta definicion es buena, aunque no para esplicar la justicia de que aquí tratamos. Las palabras *constante* y *perpètua* voluntad le sirven de género y quieren, decir lo mismo que virtud, porque entre los estóicos, de cuya filosofia es tomada, toda virtud era una voluntad constante y perpétua. Por aquellas palabras *de dar á cada uno lo que es suyo* se determinaba aquel género, y se aplicaba á la justicia, que es el oficio de la diferencia especìfica. Pero esta justicia, segun hemos esplicado, es la moral, que no es el fin de la jurisprudencia, ni se puede conseguir por solo sus preceptos. Concluyamos, pues, definiendo en términos precisos la justicia civil de que vamos á tratar: es *la conformidad de las acciones esternas á las leyes para no dañar á otro, dar á cada uno lo que es suyo y vivir honestamente.* (2)

5. Se divide la justicia en *expletriz y atributriz.* Para entender esta division es necesario advertir que los oficios à que estamos obligados para con los demas hombres son de dos maneras. Unos son mandados por la ley como necesarios, de tal suerte que pueden ser forzados y aun castigados los que no los cumplen. Tales son los que nacen de aquel principio que es fuente de todos los oficios perfectos: *lo que no quieres que te sea hecho á tí, no lo hagas á otro.* De donde se infiere que ninguno debe matar, injuriar ni dañar à otro, que se deben pagar las deudas, que se deben guardar los pactos &c. El que falta á algun oficio de estos, ó reusa cumplirle, puede ser castigado por los jueces, ú obligado á su cumplimiento, y por esto seme-

(1) Loy 1. tít. 1, Part. 3.
(2) Dicha ley 3, tít. I Part. 3.

jantes *oficios* se llaman *perfectos.* Otros hay que son recomendados por la ley como virtuosos, pero á ninguno fuerza prestarlos, sinó que los deja á la libertad de cada uno. Tales son los que se deducen de aquel otro principio, que lo es de todos los oficios imperfectos. *Todo lo que quieres que te sea hecho â tì, hazlo â otro*; v. gr. comunicar á otro que lo necesita lo que nos sobra ó nada nos cuesta ; dar limosna y hacer otros beneficios à los demas, los cuales se llaman *oficios de humanidad y beneficencia.* El que no los cumple en realidad es inhumano, pero no puede ser reconvenido delante del juez, ni forzado con penas à practicarlos, y por esto se dicen *imperfectos.*

6. Con lo dicho facilmente se esplica cual sea justicia *expletriz* y cual *atributriz.* Expletriz es la que da à cada uno lo que se le debe por derecho perfecto. Segun esta definicion el que se abstiene de hurtar y de dañar de cualquier modo à otro, el que paga lo que debe, el que cumple los pactos y contratos que ha hecho, se dice que observa la justicia expletriz, porque todos estos oficios se deben con derecho tan perfecto, que el que los niega puede ser compelido por el magistrado á prestarlos. Por el contrario, la atributriz es aquella que da à cada uno lo que se le debe por sola humanidad y beneficencia, es decir, que da lo que debemos á otro sin poder ser compelidos á cumplirlo. Diremos, pues, que observa esta justicia el que da limosna á los necesitados, el que muestra el camino al que le ha errado &c.

7. Si se pregunta porqué la justicia expletriz admite coaccion y la atributriz no, se puede dar una razon aqui de esta diversidad, remitiendo al derecho natural (1) á los que quieran saber las fundamentales. Todos los oficios perfectos se deben por una cierta y determinada persona, de suerte que si esta no los cumple no hay otra de quien poderlos exigir. Por ejemplo, si Ticio me debe cien pesos, de

(1) Vèase el cap. 1. del derecho natural de Heinn.

solo él los puedo exigir, y me burlarian con mucha razon sino pagàndomelos él, se los pidiese á Cayo. Por el contrario, los oficios imperfectos se deben por todos los hombres y no por determinada persona, y asi á un pobre, v. gr., le debo dar limosna, pero no solo yo, sino tambien los demas hombres, por lo cual si yo se la niego puede pedirla con el mismo derecho á Cayo, á Sempronio y á cualquiera de los otros. Debiéndose, pues, los oficios perfectos por una cierta y determinada persona, debe esta ser compelida á cumplirlos, porque de otra suerte quedaria yo privado de mi derecho; mas para los imperfectos no fué necesario establecer coaccion, porque no queda sin recurso un mendigo que sufre repulsa de uno ú otro.

8. De esta division de la justicia que hemos esplicado se deducen con claridad los tres preceptos del derecho. Estos son, *vivir honestamente, no dañar á otro y dar à cada uno lo que es suyo.* Es verdad que se podian referir otros muchos, pero todos se reducen ã estos tres, segun la division hecha, porque la justicia es ó atributriz ó expletriz. La atributriz se versa acerca de los oficios imperfectos que nacen de la honestidad y decoro, por lo cual es precepto del derecho *vivir honestameute.* La expletriz se versa acerca de los oficios perfectos. Nos manda, pues, ó abstenernos de los vicios prohibidos por las leyes, ó hacer aquellas cosas que estas ordenan. El que se abstiene de los vicios prohibidos por la ley cumple con el precepto de *â ninguno dañar*; el que hace lo que las leyes mandan satisface al precepto de *dar á cada uno lo que es suyo.* Estos tres preceptos son sin duda alguna las fuentes de todo el derecho, y como á tales se deben referir â ellos todas las doctrinas de la jurisprudencia. Así, por ejemplo, el que se abstiene de hurtar, de robar, de matar y de dañar, es justo, porque á ninguno daña: el que cumple los contratos, guarda los pactos &c., es justo, porque da á cada uno lo que es suyo: el que se porta en la república como buen ciudadano, procura ser útil á la patria, se ocupa en obras

buenas y vive templada y modestamente, es justo, porque vive honestamente. De suerte que abrazan mas estos tres principios de lo que aparece á primera vista.

9. Síguese otra division de la justicia, la cual, segun la mente de los autores, es ò universal ó particular; y esta ó conmutativa ó distributiva; pero una y otra es poco exacta. Daremos sus definiciones segun la mente de Aristóteles, de cuyos preceptos morales está tomada dicha division. La universal, segun el filósofo, es *el ejercicio de todas las virtudes para con los demas.* En este sentido, si uno es justo, liberal, humano y modesto, será justo con esta justicia universal. La justicia particular es aquella que reprime la avaricia, de suerte que en los bienes esteriores ni toma para sí mas utilidad ni grava á otro con mas pérdida de la que conviene; v. gr., si uno en la distribucion de los oficios, honores y prémios no tiene la mira en algun interes suyo, sinô que da á cada uno la que se le debe, este guarda la justicia particular. Esta es ó conmutativa ò distributiva: la conmutativa es la que mira la cosa recibida, y no á las cualidades de la persona; de manera que guarda una perfecta igualdad como la que se observa en los contratos: v. gr., un panadero no vende el pan á menos precio à un senador que á un zapatero, si de otra suerte lo hiciese seria injusto. La distributiva por el contrario es la que mira à las cualidades de la persona, y asì no puede guardar una perfecta igualdad sino solo la que llaman geométrica: v. gr., el Príncipe distribuye los oficios, á uno hace consejero, á otro secretario, à otro cònsul, á otro presidente, á otro verdugo. Mas ¿se podrá llamar injusto porque á este no hizo consejero, porque no guardò igualdad siendo todos ciudadanos? Antes bien seria injusto si á todos sin discernimiento encomendase unos mismos empleos, porque en distribuir los honores, los prémios y los castigos no se debe atender solo á la sustancia de la cosa, sino principalmente à las cualidades de la persona.

10. Asi se esplican los autores, segun la mente de Aristòteles. Pero semejante division no es digna de aprobarse, asi por no ser necesaria bastando la que se dió arriba, como porque si se quiere tener por rigurosa division es poco exacta. La razon es porque en las divisiones un miembro no debe comprender á otro, y asi v. gr., seria un absurdo dividir al hombre en todo el hombre y en un dedo. Lo serà, pues, tambien dividir á la justicia en universal que comprenda todas las virtudes, y en particular que solo abrace una opuesta á la avaricia. (a)

SEGUNDA PARTE.

DEL DERECHO Ó DE LA JURISPRUDENCIA.

11. Por esta palabra *derecho* no se entiende aqui otra cosa que el conjunto de las leyes, y segun la calidad de que sean estas lo es tambien el derecho que constituyen. Asì, v. gr. , derecho natural es el que se compone de las leyes naturales; derecho divino es el conjunto de las leyes divinas, y civil la coleccion formada de las leyes civiles. Ahora, pues, la ciencia de este derecho civil es la que se llama jurisprudencia, y es *una ciencia prâctica de interpretar bien las leyes y de aplicarlas â los casos ocurrentes.* (1) En esta definicion el género es *ciencia practica*, porque no aprendemos el derecho para hacer de él una nuda especulacion, sino para ponerle en pràctica: un fisico, v. gr.,

(a) Es verdad que la palabra justicia se puede tomar, y aun se toma frecuentemente, por un conjunto de todas las virtudes, y en este sentido llama el Evangelio á S. José, justo: *Ioseph autem vir ejus cum esset Justus. Mat.* 1 No obstante, hablando en rigor lógico es mala la division de la justicia en universal y particular por la razon alegada. Diremos, pues, que la palabra justicia tiene dos acepciones, una en que se toma por el conjunto de todas las virtudes, y el hombre que las tiene se llama justo; y otra en que se denota una virtud especial que tiene el objeto que hemos esplicado.

(1) L. 13. tít. I. Part. I. 8. en el princ. tít. 31. Part. 2. Proem. y 1. 36. tít 34. Part. 7.

especula que cosa sea el viento, ó cual la naturaleza de la luz, y con esto se contenta, aunque nunca haga uso de sus conocimientos. Mas el jurisconsulto no aprende qué cosa sea contrato, qué restitucion *in integrum*, ni como se forma un libelo para solo complacerse en esta ciencia, sino para saber celebrar un contrato, ó decidir si está bien celebrado ó no; para pedir en juicio la restitucion *in integrum* por sí ò por otros cuando sea necesario; y para que cuando alguno intente privarle de su derecho pueda presentar al juez un libelo bien formado. Todo aquí es prâctico, ò se ordena á la prâctica, y por esta razon definimos à la jurisprudencia diciendo que es una *ciencia práctica*.

12. La diferencia por la que la jurisprudencia se distingue de las demas ciencias prácticas, es la interpretacion y aplicacion de las leyes, y por eso se añade en la definicion de *interpretar bien las leyes, y de aplicarlas â los casos ocurrentes*. Lo primero, pues, que hace un jurisconsulto es saber las leyes; despues pasa â darlas una recta interpretacion, y finalmente las aplica á los casos que cada dia se ofrecen en la vida civil. Estas tres calidades de tal suerte estan unidas entre sí, que si alguno quisiese separar una sola de ellas, aunque tuviese las demas, no mereceria el nombre de jurisconsulto. Porque si suponemos que sabe las leyes, pero no las interpreta bien, no serà jurisconsulto, sino *leguleyo*. El que las sabe y las interpreta, pero no es capaz de aplicar'as, será jurisperito, mas no jurisconsulto. El que las aplica, esto es, se entrega á la prâctica temerariamente, y â producir allí los estudios crudos, careciendo todavia de la competente ciencia, discrecion y tino, se llama *râbula*. Finalmente, el que sabe las leyes, las in- interpreta bien y las aplica erudita y juiciosamente en los casos que se le ofrecen, este solo merece con verdad el nombre de jurisconsulto, ó de sabio en el derecho. (1)

13. Siendo de tantas obligaciones el empleo de los ju-

---

(1) L. 13 tít. 6 P. 3.

risconsultos, á que llamamos *abogados*, han procurado nuestras leyes que los que le hayan de ejercer estén adornados de toda la ciencia y práctica que es necesaria. Con este objeto se han promulgado varias leyes y publicado diferentes planes de estudios; pero siendo tan conocido de los juristas, á quienes se destina esta obra, el plan general vigente en el dia, seria inùtil estractar aqui sus disposiciones relativas á este punto.

14. Siendo las principales obligaciones de un buen abogado por lo tocante á la ciencia el interpretar y aplicar bien las leyes, diremos algo acerca de estos dos puntos. Interpretar el derecho es, no solo saber las leyes literalmente, sinò entender el verdadero sentido de sus palabras. (1) La interpretacion de una ley ò pertenece al legislador, y entonces se llama *auténtica*, ó al juez, y entonces se dice *usual*, ó á los jurisconsultos, la cual llaman *doctrinal*. Auténtica es cuando la ley está tan obscura que es necesario consultar al mismo legislador para que esplique el sentido que quiere darle. (2) La usual se verifica, cuando el juez interpreta las leyes por asuntos decididos antes. Asì sucede muchas veces que suscitándose duda en algun tribunal acerca del modo con que se debe entender una ley, se consultan las decisiones antiguas, y de ellas se toma la interpretacion: se llama, pues, usual porque se funda en el uso y prâctica anterior. Finalmente, la doctrinal es cuando los doctores ó abogados esplican alguna ley conforme à las reglas de una justa interpretacion. A esto se reducen todos los comentarios que sobre las leyes han escrito los legistas, los cuales entonces tienen la correspondiente autoridad, cuando los intèrpretes han observado las reglas de la buena interpretacion, y valen tanto ò tienen tanta fuerza cuanta tengan las razones en que se funden.

15. La interpretacion doctrinal puede ser de tres maneras; ó estensiva, ò restrictiva, ó declarativa. Estensiva es

(1) L. 13. tit 1. P. 1.
(2) L. 3 tit. 1. lib 2. Rec.

cuando la razon de la ley se estiende mas que las palabras, de suerte que por medio de la interpretacion se lleva á un caso que no está espreso en ella: v. gr., prohibe el Príncipe que se estraiga trigo de la provincia bajo la pena de confiscacion: un mercader no estrae trigo, sino harina; se pregunta: ¿habrá obrado contra la ley y merecerà la pena ó nó? Y se debe afirmar que sì; porque aunque la ley no habla de la harina, la razon de la prohibicion es evitar la escasez, la cual igualmente amenaza sacando la harina y el trigo. La restrictiva por el contrario, es cuando las palabras se estienden mas que la razon de la ley, de suerte que por la interpretacion se esceptùa un caso que las palabras de la ley parecen comprender: v. gr., dicen que en Bolonia habia una ley que condenaba á muerte á cualquiera que hiciese alguna efusion de sangre humana en la plaza pùblica. Supongamos que un barbero se viò en la necesidad de sangrar en el mismo lugar à un hombre acometido de aplopegìa; pregúntase: ¿si habrá faltado à la ley? y se niega, aun siendo tan generales las palabras en que està concebida. Porque la razon de la ley es la seguridad pùblica, y esta no se turba con la sangrìa que se dió por necesidad. Finalmente, la declarativa tiene lugar cuando la razon de la ley se estiende tanto como sus palabras, de suerte que no se necesita mas que esplicarlas.

16. Esto es por lo que hace á la interpretacion de las leyes : síguese su aplicacion. Se dice, pues, que es perito para aplicar ó acomodar á la práctica el derecho, el que lo es para responder à las cuestiones de los que consultan, lo que en algunos lugares es oficio de los jurisconsultos: para pedir en juicio ó defender causas, lo que pertenece à los abogados y procuradores que defienden los pleitos de otros: para contraer y asegurar los instrumentos, el cual es oficio de los abogados y escribanos, quienes cuando se ha de celebrar algun contrato, hacer un testamento ú otro negocio civil deben instruir á los otros de las seguridades que deben pedir y de las ritualidades que deben

observar para no ser engañados, y para que el acto no sea nulo. Finalmente, para juzgar, el cual es oficio de los jueces, que oidas las partes y probados los hechos, es decir, conocida la causa, sentencian segun lo alegado y probado. El que es perito para todos estos casos es un verdadero jurisconsulto, y como decia Ciceron, el oráculo de toda la ciudad.

17. La primera division del derecho es en pùblico y privado, la cual no se toma del fin, sino del objeto, siendo toda jurisprudencia pùblica por razon del fin, por estar destinada á la utilidad pública. Mas por razon del objeto, como hemos dicho, se divide muy bien en público y privado, porque es muy distinto el derecho que trata de los negocios públicos, v. gr., de los derechos de los Príncipes acerca de la guerra y de la paz, de las embajadas y de las alianzas, del que dispone de los negocios privados, v. gr., de los contratos, de los testamentos y de los legados, Para que se entienda esto facilmente daremos las definiciones de ambos derechos. Derecho pùblico es *el que dispone y arregla el estado y derechos de las repúblicas*, es decir, que enseña cuales sean los derechos de los Príncipes, cuales los de los súbditos, que relaciones haya entre unos y otros &c. De suerte que este derecho varìa segun las leyes fundamentales de cada repùblica. Derecho privado por el contrario es *aquel que pertenece â la utilidad inmediata de cada uno de los privados*: es decir, á lo tuyo y mio, ó al patrimonio privado de cada uno. Segun esto, si yo, v. g., intento la accion de hurto para que se me pague el duplo ó cuadruplo, será derecho privado, porque aquì pertenece al patrimonio de un particular. Pero si un procurador del público persigue à un ladron para que se le ahorque, esta persecucion será de derecho público, porque aquí no se trata de tuyo y mio, sino de la seguridad de la repùblica, á la que interesa mucho quitar de enmedio á los ladrones.

18. Se divide tambien el derecho en natural, de gentes, y civil ; pero de esta division trataremos en el siguiente título.

TÌTULO II.

DEL DERECHO NATURAL, DE GENTES Y CIVIL.

19. Aunque la palabra derecho se toma de varios modos, en este título, segun dijimos ya, no significa otra cosa que el conjunto de todas las leyes de un género. De aqui, pues, nace la segunda division. Todo derecho es, ó divino, ò humano. Divino es el que comprende todas las leyes establecidas por Dios: humano el que nos presenta todas las leyes impuestas por los hombres; porque si, segun hemos dicho, tal es el derecho cuales son las leyes de que se compone, necesariamente se sigue que de las leyes divinas nazca el derecho divino, y de las humanas el derecho humano.

20. El derecho divino se subdivide en natural y positivo. Dios es un legislador supremo: todo legislador no solo ordena las leyes, sino que tambien las promulga, por que no hay ley que pueda obligar sin promulgacion. Dios, pues, como legislador supremo ha promulgado sus leyes para que los hombres las puedan saber. Esta promulgacion la ha hecho, ó por medio de la recta razon, para que si el hombre quiere raciocinar consigo mismo pueda al instante conocer lo justo; ó por medio de la revelacion, que es la Escritura Sagráda, para que leyéndola venga en conocimiento de su voluntad. El derecho que se conoce por la recta razon se llama *natural*; y *positivo* el que por sola la revelacion ò Escritura nos es manifiesto, v. gr., la razon sola nos enseña que el homicidio es ílicito: luego es prohibido por el derecho natural. Mas solo valièndonos de la recta razon no conocemos que los hombres deben recibir el bautismo: luego es de derecho divino positivo.

21. Veamos ahora como se define el derecho natural. Desde que se ha cultivado el estudio de este derecho tan importante han advertido los autores que su definicion solo se debe tomar de su autor y de su promulgacion. Mas co-

mo el autor de este derecho es Dios, y la promulgacion se hace por medio de la recta razon, se puede definir muy bien diciendo, que es *un conjunto de leyes promulgadas por el mismo Dios â todo el genero humano por medio de la recta razon*. Casi en los mismos términos se espresa el Apóstol cuando dice que la ley natural està escrita en los corazones aun de los mismos gentiles (1). Se dice este derecho escrito en los corazones, porque valiéndose de la recta razon, al punto es conocido de cualquiera, siempre que quiera usar de ella. Por la definicion dada inferimos ser falsa la opinion de Grocio, y otros que dicen habria derecho natural aun cuando supongamos el imposible de que no hubiera Dios; porque siendo el derecho un conjunto de leyes, no habiendo ley alguna no habria derecho. Mas no habria ley alguna no habiendo legislador; y faltaria el legislador no habiendo Dios: luego en este supuesto faltaria el derecho natural. Es verdad que un ateo, aun negando que exista Dios, podria vivir conforme á los preceptos del derecho natural; pero entonces no lo haria por obedecer al derecho, sino por su propia utilidad, porque es fácil conocer que de otra suerte no se puede vivir en la sociedad humana. De la misma definicion deducimos tambien que el derecho natural es inmutable, porque asi la voluntad de Dios, de donde dimanó, como la razon, por cuyo medio se promulga, son inmutables. Si se mudase, pues, el derecho natural, ó Dios no seria ya Dios, ó se volveria contrario à la razon lo que antes era conforme á ella, y esto es absurdo. Concluyamos, pues, que el derecho natural es inmutable.

22. Hemos definido ya el derecho natural. El de gentes no es otra cosa *que el mismo derecho natural aplicado â la vida social del hombre, y â los negocios de las sociedades y de las naciones enteras*.. No son, pues, dos derechos diversos, el natural y el de gentes, como han pensa-

(1) Roman. cap. 2. v. 15.

do algunos, sino uno mismo, el cual, segun la diversidad de la materia, se llama derecho natural ó de gentes. Si se aplica á los negocios y causas de los privados se dice derecho natural, y si á los negocios y causas de las sociedades ò de las naciones, se dice derecho de gentes: v. gr., es regla del derecho natural que los pactos se deben guardar: supongamos, pues, que Ticio prometió à Mevio cien pesos y que reusa entregárselos; diremos que viola el derecho natural; pero si fingimos que habiendo hecho alianza los españoles y los franceses, esta nacion no ha cumplido las leyes del pacto á que se obligó, diremos que obra contra el derecho de gentes, no obstante que sola la recta razon es la que manda cumplir los pactos. Es verdad que se encuentran algunos puntos que los autores quieren llamar de derecho de gentes secundario; pero todos ellos, ó se pueden reducir al derecho natural, y entonces son verdaderamente derecho de gentes, ó no; y en tal caso serán de derecho civil. Quede, pues, establecido que no hay derecho de gentes diverso del natural.

23. Volvamos à la division hecha arriba. El derecho dijimos que era ò divino ó humano; y el divino, ó natural ò positivo. Del natural hemos hablado hasta aqui: sìguese ahora el positivo. El derecho divino positivo es aquel que ha sido promulgado por las sagradas letras, y que no se conoce por sola la recta razon. Aunque uno y otro dimana de Dios, se diferencian en mucho. Lo primero en que el natural es promulgado por la recta razon, y el divino por las sagradas letras. El natural es absolutamente necesario, y de tal suerte unido con la recta razon, que por ella sola es conocido aun de los gentiles. El divino depende de la libre voluntad de Dios, de suerte que de muchos puntos de él ignorariamos la justicia si la Sagrada Escritura no nos la declaràra, v. gr., todos los preceptos que Dios habia impuesto à los israelitas sobre la circuncision, sobre los sacrificios y sobre la comida de animales impuros, eran de derecho divino, pero no de absoluta necesidad, ni la ra-

zon hubiera podido dictar à los judios que era malo comer carne de puerco, v. gr., si la Sagrada Escritura no lo dijese.

24. Pasemos al derecho humano, que es aquel que ha dimanado de la voluntad de los hombres. Se divide en canónico y civil. Canónico es el que se ha establecido por los Sumos Pontifices y por los Concilios para el gobierno de la Iglesia. Civil es el que han constituido por sí ò por sus gefes cada uno de los pueblos absolutos é independientes para conseguir los fines de la sociedad. Se diferencia del derecho natural y de gentes, en que este no es propio de solo una nacion ó república, sino que es comun á todo el gènero humano. Cada nacion manda ó prohibe muchas cosas, que en sì no son torpes ni honestas; pero comienzan á ser justas desde que son establecidas, por exigirlo asì la utilidad de la repùblica; v. gr., cazar las fieras en el monte no es injusto, y puede esto ser prohibido por el derecho civil de alguna nacion, permitiéndolo otras.

25. El derecho civil se divide en escrito y no escrito. Derecho escrito es, no precisamente aquel que está reducido à letras, sino el que ha sido promulgado; y no escrito el que no lo ha sido. Segun este modo de espresarse, todo derecho establecido por voluntad espresa del legislador y promulgado, ya sea por medio de escritura, ò por voz de pregonero, ô de otro cualquier modo, se llama derecho escrito, ya sea reducido á letras ó no. El derecho de los Lacedemonios, por ejemplo, era derecho escrito, aunque nunca se escribieron las leyes de Licurgo. Por el contrario, aquel derecho que se introduce con un consentimiento tácito de las supremas potestades, y sin preceder promulgacion se usa en la repùblica, se llama derecho no escrito, aunque despues se reduzca á escritura. (*)

(*) Veanse, L. 4 lib. 1.º tit. 2 Fuero Juzgo. L, 238 de Estilo. L. 17 tit. 1.º p. 1. L. 3 lib. 2 tit. 1.º R. C. Auto de 1.º de Abril de 1767, y L. 4 tit. 1 lib. 2 R. I.

26. Entre nosotros no hay mas que una especie de derecho escrito, que es la ley. Esta es *un precepto general de la potestad suprema intimado à los súbditos para que arreglen sus acciones â él.* (1) No hay, pues, en la legislacion de España como entre los romanos diversidad en cuanto al orìgen de las leyes, por dimanar todas de la voluntad del Principe, sino solo en cuanto al fin y modo de espedirlas, de donde ha provenido que se la den distintos nombres. Unas veces se llama. la ley que se promulga, pragmática sancion, otras real cédula, real resolucion, real decreto, carta circular; otras finalmente, real órden, y aun tambien auto acordado. A todos estos nombres con que dimanan las disposiciones del Principe se les da su peculiar descripcion, pero no exacta en todos casos, por confundirse unas con otras. Pragmàtica sancion es *una real determinacion que se promulga para que tenga fuerza de ley general, y en ella se reforma algun exceso, abuso ó daño introducido ó esperimentado en la repùblica, y se inserta en el cuerpo del derecho*, v. gr., la de 12 de Marzo de 1771, en la que para evitar la desercion que hacen los presidarios à los moros, se señalan los presidios que se deben destinar, y que el tiempo de la condena no esceda de diez años (2). Real cédula *es un despacho del Rey, espedido por alguno de los Consejos, en el cual se toma alguna providencia de motu propio, ó se provee algo â peticion de parte.* Su cabeza es, *EL REY*, sin espresion de mas dictados: se firma con la estampilla de S. M.: el secretario del Consejo à quien pertenece pone la refrendata, se rúbrica por algunos ministros, y por lo regular se entrega à la parte. Tal es la de 7 de mayo de 1740, en la que se dispone que la Audiencia en despachos ò exhortos para obispos no use de palabra *estraño*, por ser poco decorosa á su alta dignidad. No se pone ejemplo de las cédulas en que se conceden gracias por ser muy conocidas.

(1) Ley 4 tit. 1 Part. 1.
(2) L. 7 tit. 40 lib. 12 de la Nov. Recop.

Real resolucion *es la determinacion que el Rey toma en algun caso que se le propone*, como lo es la de 10 de Abril de 1756, por la que se declaran las salas en que se deben ver los pleitos de fuerzas y otros. Este nombre de real resolucion es genérico, y puede convenir â toda determinacion que el Rey tome. Real decreto *es una órden del Rey que se estiende en las secretarias del despacho, y la rubrica S. M. para participar sus resoluciones á los tribunales de dentro de la corte, â los gefes de las casas reales, ó â algunos ministros*; v. gr., el de 7 de Octubre de 1796, declarando la guerra al reino de Inglaterra, que se dirigió al gobernador del Consejo. Cédula, carta ú órden circular *es cualquiera disposicion que se espide para que circule en toda una provincia, ó en muchas.* Real órden *es toda disposicion que comunica alguno de los ministros del Rey por su mandado.*

27. Autos acordados son las leyes que con acuerdo del Rey establece el supremo Consejo, tanto de Castilla, como de Indias; de suerte que la fuerza que tienen los autos acordados la toman de la aprobacion del Rey. Estas son las especies de derecho escrito que conocemos con el nombre general de ley, las cuales, segun hemos dicho ya, no se distinguen unas de otras en cuanto al orígen, sino solo en las circunstancias que hemos individualizado.

28. Los estatutos y ordenanzas, ò constituciones que establece un consejo, junta ó colegio para su mejor gobierno, no tienen valor ni obligan hasta obtener la aprobacion real (1). Los magistrados públicos, los gobernadores de las provincias y otras justicias tienen facultad de estender y publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos que estan á su cargo. Usan de esta facultad, ya para poner en ejecucion alguna providencia del Rey, ya para hacer observar las leyes que no estân en uso, ó ya para corregir algun abuso introducido contra las leyes (2).

(1) L. 8 y 13 tit. 1 lib. 7. Rec.
(2) Arg. de la L. 13 tit. 1 lib. 2 Rec.

Y está mandado que cualquiera ley ó providencia general no se deba creer ni usar no estando intimada ó publicada por pragmática, cédula, provision, decreto, resolucion, real órden, auto acordado, edicto, pregon, ò bando de las justicias ò magistrados públicos. El que sin preceder estos requisitos se abrogase la facultad de poner en ejecucion, ó anunciar de autoridad propia, algunas leyes, ó fingirlas de palabra ô escrito, ó en otra cualquiera forma, debe ser castigado como reo de estado (1).

29. Esto es cuanto hay que decir del derecho escrito. El no escrito hemos dicho que es aquel que por el uso se introduce sin promulgacion y recibe su autoridad del consentimiento tácito de la suprema potestad (2). Para inteligencia de esta difinicion se debe observar que la única causa del derecho en la república es la voluntad del sumo Imperante, ya sea este el Príncipe, ò el senado de los grandes, ò el pueblo. Si el sumo Imperante manda algo espresamente establecièndolo por ley, se llama *derecho escrito.* Si concede tàcitamente que se observe alguna cosa en la repùblica que se ha comenzado à usar, se llama *derecho no escrito.*

30. De lo dicho venimos en conocimiento de cuatro doctrinas acerca de la costumbre. 1.ª Que la costumbre se debe probar y no la ley, porque esta mediante la promulgacion vino á noticia de todos, y aquella tàcitamente se introdujo; y como esta introduccion es de hecho, se debe probar. Los medios para verificarlo son el tiempo de diez años por lo menos, y la continuacion de actos uniformes (3). 2.ª Que la costumbre tiene la misma fuerza que la ley, porque su autoridad la toma del mismo legislador, y es indiferente el que quiera que una cosa se haga espresa ó tácitamente (4). 3.ª Que la costumbre deroga la ley ante-

(1) Auto acordado de 1.° de Abril de 1767.

(2) Leyes 4 y 6 tit. 2 Part. 1.

(3) Leyes 5 y 6 tit. 2 Part. 1.

(4) Las mismas leyes, y la 238 de Estilo.

rior, por ser lo mismo que otra ley; y es constante que la ley posterior deroga á la anterior (1). 4.ª Que la costumbre opuesta á la recta razon, ò à las leyes divinas, es de ningun momento, porque en esto no puede consentir tácita ni espresamente la suprema potestad. (2)

31. Los objetos del derecho son tres: las personas, las cosas y las acciones. Primeramente se debe saber como se diferencian las personas por razon de sus derechos, v. gr., los señores y los siervos, los padres y los hijos, los tutores y los pupilos: despues, cuales son los derechos de las cosas: y últimamente con que acciones puede cada uno perseguir su derecho.

* 32. En Indias, cuando el rey en alguna merced se referia á la costumbre, estaba declarado, que esta se habia de entender no por dos ò tres actos solos, sinò por muchos continuados, sin interrupcion ni òrden en contrario. (3)

(1) Dichas leyes.
(2) Vease el tit. 2 de la Part. 1.
(3) L. 21 tit. 2 lib. 2 R. I.

TÌTULO III.

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS.

33. Estas palabras *hombre y persona*, gramaticalmente son sinônimas, pero juridicamente se diferencian mucho. La palabra hombre es de mayor estension que la palabra persona; porque toda persona es hombre, pero no todo hombre es persona. Hombre es todo aquel que tiene alma racional unida al cuerpo humano; y persona es el hombre considerado con algun estado. En este supuesto, el que no tiene estado alguno no es persona. En esta materia parece que los jurisconsultos han querido seguir á los cómicos. Porque asi como para estos no todo hombre que sirve, ò contribuye â la comedia, es persona, sino solamente aquel que representa á otro hombre, v. gr., á un Rey, á un viejo, á un lacayo &c., asi para los jurisconsultos aquel solamente es persona que hace en la república el papel ó de padre de familia, ó de ciudano, ó de hombre libre, es decir, el que tiene algun *estado*.

34. Por estado entendemos una calidad ò circunstancia, por razon de la cual los hombres usan de distinto derecho ; (1) porque de un derecho usa el hombre libre, de otro el siervo, de uno el ciudadano y de otro el peregrino ; (*) de ahi nace que la libertad y la ciudad se llaman *estados*. Tambien se llama el estado en derecho con el nombre de *cabeza*, y por esta razon se dice que el siervo no la tiene, y que se le ha disminuido ó quitado al que perdió el estado de libertad, de ciudad ó de familia.

35. El estado es de dos maneras : natural ó civil. Estado natural es aquel que dimana de la misma naturaleza, v. gr., que unos sean nacidos, otros por nacer, unos varones, y otros hembras ; unos mayores de veinte y cinco años y otros menores. Civil es el que trae su orígen del derecho

(1) Princ. y ley 1 tit. 23 Part. 4.
(*) L. 3 tit. cit.

civil, v. gr., la diferencia entre hombres libres y siervos entre ciudadanos y peregrinos, entre padres è hijos de familia. Es, pues, de tres maneras el estado civil: de libertad, segun el cual unos son libres y otros siervos; de ciudad, segun el cual unos son ciudadanos y otros peregrinos; y finalmente de familia, segun el cual unos son padres y otros hijos de familia (1). Con lo dicho se entiende facilmente este axioma: cualquiera que no goza de ninguno de estos tres estados no es persona, aunque sea hombre. Tenemos un ejemplo claro en el siervo. Este es hombre, pero no persona. Es hombre porque tiene alma racional unida á un cuerpo humano, y asi, atendido el estado natural, le llamaremos persona; pero no lo es en cuanto al estado civìl, porque no es *libre*, ni *ciudadano*, ni *padre de familia*. De ahi es que por derecho no tiene cabeza, y puede ser vendido, legado y donado, como cualquiera de las otras cosas que están en nuestro patrimonio.

36. Esplicada ya la division de los estados, pasaremos à tratar de cada uno de ellos separadamente.

ARTICULO I.

DEL ESTADO DE LIBERTAD.

37. Las personas tomadas no civil, sino naturalmente, ò son hombres libres ò siervos (2). Libres son todos aquellos que no estan en servidumbre justa, porque si alguno sirve injustamente, v. gr., robado por un plagiario, este en realidad està en servidumbre, pero no es siervo, sino hombre libre. Siervos son los que sirven á otro con justa causa, como las que referiremos despues: ingénuos son los que nunca han estado en servidumbre, por haber sido libres desde el instante de su nacimiento. Libertinos son los que han sido manumitidos de una servidumbre justa. Unos y otros

(1) Dicha L. 1 tit. 23 Part. 4.
(2) Princip. y L. 1. tit. 23 Part. 4.

son libres; pero los ingènuos tienen la ventaja de carecer de la nota de la esclavitud pasada, que sirve de desdoro á los libertinos.

38. Siendo libres los hombres por la libertad de que gozan, ó siervos por la servidumbre á que estan sujetos, veamos que es libertad y que servidumbre. Libertad en derecho es *una facultad natural que tiene el hombre para hacer lo que quiera, sino es que se lo impida alguna violencia, ó se lo prohiba el derecho.* (*) Esplicaremos esta definicion por partes. Se dice que la libertad es una *facultad natural*, porque por la naturaleza todos los hombres son libres, y asi la diferencia que ahora se advierte entre libres y siervos fué introducida por las leyes civiles: se dice que es una facultad *para hacer el hombre lo que quiera*, porque la libertad consiste en que no estemos obligados á hacer ú omitir nuestras acciones à arbitrio de otro, sino que conforme al nuestro podamos obrar ò no obrar, ó verificarlo de este ô del otro modo. Finalmente, se añade *sino es que intervenga violencia ó prohibicion del derecho*, porque el que padece violencia queda privado de libertad para aquel caso; y todos los que viven en sociedad civil renuncian una parte de su libertad, obligàndose á omitir todo lo que prohiben las leyes. La servidumbre por el contrario es *un establecimiento del derecho de gentes, por el cual el hombre se sujeta al dominio de otro contra la libertad natural* (*). Se coloca la servidumbre entre las disposiciones del derecho de gentes, porque, como hemos dicho ya, por derecho natural todos los hombres son libres; pero la necesidad obligó à las sociedades que son gobernadas por el derecho de gentes á reducir à muchos á servidumbre, porque usaban de su libertad en perjuicio de la misma sociedad. Decimos en la definicion, que el hombre en fuerza de ella se sujeta al dominio de otro, en atencion á que la esencia de

(*) L. 1 tit. 22 p. 4.
(*) L. 1 tit. 21 p. 4.

la servidumbre consiste en que el hombre estè en dominio, como cosa, y que por consiguiente pueda ser vendido, legado, donado &c. Todo esto se verifica contra aquella natural libertad en que el hombre fué criado ; mas no contra el derecho natural, que se llama preceptivo, por no haber precepto alguno que mande que todos los hombres se conserven libres. A mas de esto, se infiere claramente que la servidumbre no repugna á la razon y derecho natural, supuesto se halla aprobada en la Sagrada Escritura (1), que no puede autorizar sino lo que no se opone ò es conforme à los principios de equidad que Dios ha grabado en nuestros corazones. Se puede tambien decir que la servidumbre es contra la naturaleza, en razon de que las personas se vuelven cosas, pues segun hemos dicho, el siervo de la clase de las personas desciende á la de las demas cosas que estan en nuestro patrimonio.

39. Hemos visto ya que es libertad y servidumbre. Mas si se pregunta como se hace siervo alguno, responderemos que los siervos segun nuestro derecho, ò nacen, ò se traen venales del Africa y de otras naciones bárbaras. Entre las cultas, que tienen sentimientos de humanidad, está abolido del todo el derecho de servidumbre, como veremos despues. Nacen los siervos de nuestras esclavas, y asi si una sierva ó esclava pare un hijo ò hija, de cualquiera que sea queda reducido á la condicion servil. La razon es clara. Hemos dicho que los siervos son cosas: se sigue, pues, que sus fetos ò producciones deben ser de la misma condicion ; porque asi como el feto de una vaca está en dominio por derecho de accesion, de la misma manera el feto de la esclava que sirve debe tambien servir. Estos siervos nacidos de nuestras esclavas se llaman *vernas*. De este mismo derecho usaron los antiguos desde el tiempo de Abraham, como se colije del cap. 14 del Génesis, en donde se dice que para una espedicion que tuvo que hacer

---

(1) I á los Cor. cap. 7 v. 21 y sig. A los Efes. cap. 6 v. 5.

armó trescientos diez y ocho de sus vernas, y partió con ellos en busca de los enemigos. Mas como puede acontecer muchas veces que el verna nazca de un siervo de Ticio y de una esclava de Cayo, se podria dudar de quien de los dos seria la propiedad; pero la regla general establecida en derecho decide que el parto sigue al vientre (1). Y asi como el ternero que fuese procreado del toro de Ticio y de la vaca de Cayo seria de este, asi tambien el verna que procreasen el siervo de Ticio y la esclava de Cayo debe pertenecer al dueño de la esclava, por ser una accesion de su cosa.

40. De este modo nacen los siervos. Se hacian antiguamente, aunque hubiesen nacido libres, ó por derecho de gentes, ó por derecho civil. Por derecho de gentes, por la cautividad, siendo constante que todos aquellos que eran tomados por los enemigos en campo de batalla, ó fuera de él, en tiempo de guerra, lo fuesen (2). Para este establecimiento raciocinaban asi los antiguos: podemos matar à los enemigos, luego podemos reducirlos á servidumbre, y aun será un gran beneficio conservar la vida á aquellos à quienes justamente podiamos quitarla. De aqui, pues, trajo su orígen el nombre de siervos que dieron los romanos á los cautivos tomados en la guerra, porque se reservaban de la muerte para la esclavitud (3). Pero esta costumbre cruel ya se ha olvidado entre las naciones, y solo subsiste en aquellas cuya bárbara ìndole no las deja conocer los suaves derechos de la humanidad. Tales son los turcos y africanos, que por muchos siglos infestaron las costas de España solo con el fin de hacer cautivos. Para vengar de alguna manera estos agravios concedieron nuestras leyes el uso de las represalias, mandando que fuesen esclavos los que cayesen en nuestro poder (4). Lo cual aun se ha abolido por tratados posteriores.

---

(1) Ley 2 tit. 21 Part. 4.
(2) Ley 1 tit. 29 Part. 2.
(3) L. 1 tit. 21 Part. 4.
(4) L. 1. tit. 29 Part. 2, y 1 tit. 21 Part. 4.

41. En América tampoco se pueden hacer caútivos, ni usar de retorsion con los indios, ni en guerra justa hecha por los españoles ó por ellos mismos, ni por cualquiera otro título, por justo que parezca; y aunque algunas veces se permitiò fuesen hechos cautivos algunos indios sediciosos y rebeldes para facilitar su reduccion, (1) se abolieron despues estas disposiciones, mandando que con ningun pretesto ó motivo puedan quedar por esclavos, ni venderse por tales, los que se aprendieren en guerra ó fuera de ella. (2)

42. Por derecho civil se hallan varios modos de hacerse los hombres libres siervos en pena de sus delitos. Las leyes de Partida establecen algunos, que, aunque en el dia no estan en uso, conviene no ignorarlos. El primero es del mayor de veinte años, que se vende con el fin de participar del precio y defraudar al comprador. En este caso establece la ley que quede siervo, verificándose cinco condiciones. 1.ª Que él mismo consienta de su voluntad ser vendido. 2.ª Que participe del precio. 3.ª Que sepa que es libre. 4.ª Que el que le compra crea que es siervo. 5.ª Que el que se hace vender sea mayor de veinte años. (3) El segundo modo tiene lugar en el liberto que es ingrato para con el señor de quien recibiò la libertad por cuyo motivo puede ser reducido á su antigua servidumbre. (4) Esta ingratitud puede ser de dos maneras: una que llaman simple, y se verifica no correspondiendo con beneficios á aquel de quien se recibieron, y otra grave, retornando con injurias y daño grave al bienhechor. Los libertos pueden ser vueltos á la servidumbre, no por una ingratitud simple, sino por la grave. (5)

43. Asi mismo las mugeres libres que contraen matri-

(1) L. 13 tit. 2 lib. 6 Rec. de Ind.
(2) L. 16 tit. 2 lib. 6 Rec. de Ind.
(3) L. 1 tit. 21 Part. 4.
(4) LL. 9 tit. 22 Part. 4, y 18 tít. 1 Part. 6.
(5) Dichas leyes.

monio con los clèrigos de òrden sacro deben ser hechas esclavas de aquella Iglesia de que es dependiente el clèrigo con los hijos que hubieren tenido. (1) Finalmente, tienen la pena de ser reducidos á servidumbre los que dan ayuda ó consejo á los moros, que son enemigos de la Fé Católica, vendiéndoles armas, naves ó vìveres. (2)

44. Pero todos estos modos, inventados por el derecho civil, ó nunca han estado en uso, ò han quedado abolidos por costumbre contraria. (3) De suerte que no subsiste modo alguno de reducir á los hombres á servidumbre; y asi los esclavos que se hallan tanto en España, como en América no son habidos por tìtulos de reduccion á esclavitud conforme á nuestro derecho, sino solamente por compra y venta, ò por el parto de las esclavas. (4)

45. Todos los que ven la servidumbre con ojos ilustrados por la recta razon la reputan por una cosa dura y muy poco conforme á la humanidad. En fuerza de estos sentimientos se fué disminuyendo, y aun se hubiera esterminado del todo, el uso de reducir á los hombres al dominio absoluto de sus semejantes, sino le hubieran restablecido primeramente los portugueses, y despues otras naciones, á fines del siglo XV. Al descubrir las costas de Africa dieron con una multitud de reinos bàrbaros, como Guinea, Nigricia, Etiopía, Congo, y otras vastas provincias habitadas por gentes toscas y salvages, dominadas por Reyes déspotas. En este mismo tiempo descubrieron la isla de Santo Tomas, de San Mateo de Lovando, y otras que hacian frente á aquellas costas. Valièndose de esta oportunidad entablaron comercio en ellas, dando paños, hierro cascabeles, aretes y otras bugerías por oro, plata, y principalmente por esclavos, que les proporcionaron los mismos

(1) LL. 41 tit. 6 Part. 1, y 3 tit. 21 Part. 4.

(2) LL. 28 tit. 9 Part. 1, 31 tit. 26 Part. 2., y 4 tit. 21 Part. 4.

(3) Sala *ad Vinn* hoc. tit. § 4.

(4) Arg. de la ley 6 tit. 5 lib. 7 de la Rec. de Ind. * Vease el apéndice sobre el estado actual de la esclávitud.

naturales, como género muy abundante entre ellos. La principal causa de haber tantos hombres destinados á ser vendidos en estos paises bárbaros es el derecho de guerra. Estas son frecuentes entre los Reyes de aquellos dominios, en que acostumbran los vencedores vender por esclavos á los vencidos. A esto se añade, que la mayor parte de los delitos se castigan con la esclavitud, como una pena lucrosa para el fisco, no habiendo cárceles ni prisiones sino para custodiarlos mientras se efectúa la venta. Los ingleses, dinamarqueses y holandeses han continuado en este comercio, como el mas ventajoso entre los que ejercitan. Comprados en las costas del Africa, pasan á venderlos á los reinos de la Europa, y con mucha frecuencia á América (1). Pero ùltimamente le han abolido.

46. Estos negros esclavos estan constituidos entre nosotros en justa servidumbre, en virtud del contrato de compra y venta, y de la buena fé con que son recibidos. Ni se puede objetar que no sea legítima en el principio su adquisicion, y por consiguiente viciosa la compra y venta, pues no sin fundamento se cree ser la mayor parte de èllos siervos por derecho de gentes, ó por otros modos aprobados por sus respectivos Soberanos; por lo que, segun el señor Solórzano, se puede continuar en su posesion sin escrúpulo. (2)

47. Hemos visto ya cuanto pertenece al estado de libertad: síguese ahora tratar del de ciudad, que es una subdivision de los hombres libres.

ARTÍCULO II.

DEL ESTADO DE CIUDAD.

48. El estado de ciudad es aquel por el cual los hombres son, ó ciudadanos naturales, ó peregrinos y estrangeros. Por naturaleza entendemos una inclinacion que reco-

(1) Asi se infiere de las leyes 2 tit. 18. Todo el tit. 17 lib. 8, y ley 45 tit. 2, y 133 cap. 24 tit. 15 lib. 9 de la Rec. de Ind.

(2) Polit. ind. lib. 2. cap. 1 n.º 26.

nocen entre sí los hombres que nacen ò viven en una misma tierra y bajo un mismo gobierno (1). Esto proviene de que la naturaleza ha infundido amor y voluntad, y ha enlazado con un estrecho vínculo de cierta inclinacion á aquellos que nacen en una misma tierra ò pais, á semejanza de los que proceden de una familia, que se aman con especialidad, y procuran su bien con preferencia à los estraños. Asi, pues, aquellos que se miran con los respetos de traer su orígen de una misma nacion se llaman *naturales*, y fuera de esto los demas son *estrangeros*. Esta consideracion tiene tanta fuerza, que hace imitar perfectamente à la naturaleza, pues asi como esta admite en el grémio de parientes á los estraños que se hacen adoptivos, asi tambien aquella abriga en su seno á los estrangeros que legítimamente se domicilian. En España todos los domiciliados se comprenden bajo la denominacion de españoles, pero sin olvidar que unos son *naturales* y otros *naturalizados*. Naturales son aquellos que fueren nacidos en estos reinos de padres que ambos á dos ò à lo menos el padre sea nacido en España, ò aun cuando no, se haya naturalizado en alguno de los lugares de su dominacion de cualquiera de las maneras que se dirán despues. Es tambien natural de España el hijo nacido en otros reinos estando sus padres en servicio del Rey, ó de pasageros sin contraer domicilio. Lo es asi mismo el hijo natural de padre español habido en otro pais con estrangera ò natural concubina, y cualquiera otro ilegítimo habido por un estrangero con alguna natural de estos reinos, dentro ó fuera de España (2).

49. Para que los estrangeros que han contraido domicilio se tengan por naturalizados en España es suficiente que moren diez años con casa poblada siendo solteros; pero siendo casados con natural les basta seis, aunque no sean oficiales ni laborantes (3). Mas para serlo en América,

(1) L. 1 tit. 24 Part. 4.

(2) LL. 7 tit. 29 Part. 2, y 19 tit. 3 lib. 1 Rec.

(3) L. 66 cap. 5 al fin tit. 4 lib. 2 Rec.

para el efecto solamente de tratar y contratar, es menester que haya vivido en los reinos de la Penìnsula ò en las Indias por tiempo de veinte años continuos, y los diez de ellos teniendo casa y bienes raices, y estando casados con natural ó hija de estrangero nacida en España ó en las Indias (†). Para usar de esta gracia debe préviamente declararse por el Consejo Real que han cumplido con los requisitos que se han dicho, precediendo informacion, con citacion del fiscal, ante las Audiencias ó jueces superiores del partido (*). Concedida la carta de naturaleza para que el estrangero pueda libremente tratar y contratar, dentro de treinta dias habrá de hacer inventario de sus bienes, y presentarle ante la justicia, para hacer constar que tiene bienes raices en valor de cuatro mil ducados constantes por instrumentos públicos (‡).

50. A mas de estos modos esplicados de adquirir naturaleza hay otros que espresa un auto acordado (1), que individualizando quienes deben considerarse vecinos, dice que lo son: 1.° Cualquier estrangero que tiene privilegio de naturaleza. 2.° El que nace en estos reinos. 3.° El que en ellos se convierte á nuestra Santa Fé Católica. 4.° El que viviendo sobre sí establece su domicilio. 5.° El que pide y obtiene vecindad en algun pueblo. 6.° El que se casa con muger natural y habita domiciliado en ellos; y la muger, sino es natural, por el mismo hecho se hace del fuero y domicilio del marido. 7.° El que se arraiga comprando bienes raices y posesiones. 8.° El que siendo oficial viene á morar y ejercer algun oficio mecánico. 9.° O tiene tienda en que vender por menor. 10. El que obtiene oficios de consejos pùblicos honorìficos, ó cargos de cualquiera género, que solo los pueden tener los naturales. 11. El que goza de los pastos y comodidades que son pro-

(†) L. 31 tit. 27 lib. 9 R. 1,
(*) L. 34 tit. idem.
(‡) L. 32 tit. cit.
(1) Aut. Acord. 22 tit. 4 lib. 6. Rec.

pias de los vecinos. 12. El que mora diez años con casa poblada en estos reinos. 13. El que contribuye como los demas vasallos à S. M.

51. Los estrangeros, despues de haber sido domiciliados en España, y adquirido la naturalidad de alguno de los modos referidos, gozan de todas las comodidades y exenciones de los naturales, y se hacen capaces de los empleos y puestos pùblicos, como no sean cargos ni oficios que tengan anexa administracion de justicia, como corregidores, gobernadores, alcaldes mayores, ni otros de gobierno (1). Tampoco pueden obtener prelacìas, canongías, ni otros beneficios eclesiásticos, ni pensiones sobre ellos, por deber conferirse estos precisamente à los naturales (2). Así mismo en la Amèrica ninguno puede ser presentado para beneficio ú oficio eclesiástico, no siendo natural de España ó de la misma América, si no es que obtenga del Rey carta de naturaleza para este efecto (3).

* 52. En esta república la ciudadania se adquiere por haber nacido en ella, residiendo en el territorio del estado. Es tambien ciudadano el estrangero mayor de 25 años que se haya establecido en el pais con animo de fijar en él su domicilio, y habiendo permanecido por espacio de 4 años se haya hecho propietario de un fondo al menos de 4,000 p.s ó en su defecto ejerza arte ú oficio ûtil al pais. El Gobierno puede tambien conceder carta de ciudadania à los estrangeros que la solicitaren teniendo estos un mérito relevante, ó por servicios distinguidos, ó exijiéndolo la utilidad de la nacion (4).

53. Otra division de los hombres libres, y que gozan de los derechos de ciudadanos, es en nobles y plebeyos (5). La nobleza, que es la que constìtuye á los nobles, consis-

---

(1) L. 66 cap. 5 tit. 4 lib. 2 Rec.

(2) LL. 14, 15, 17, 18, 19 y 25 tít. 3 lib. 1 Rec.

(3) L. 31 tit. 6 lib. 1 Rec. Ind.

(4) Reglam. del Cong. de 1817 cap. 3.

(5) L. 2 tit. 21 Part. 2.

te en un conjunto de privilegios de distincion y honor, concedidos à algunas personas en atencion al mérito que han contraido en la sociedad, ò ellas mismas, ó sus ascendientes (4). Se divide en nobleza por linage, por saber y por bondad de acciones (5). En la nobleza por linage se incluye la solariega, que tienen los poseedores de territorio ò solar con casa en él, y la titulada, que es la de los duques, condes, marqueses é infanzones (6). En la que se concede por saber, los doctores y maestros de los universidades de Salamanca, Valladolid y Alcalá de Henares (7). Y en la nobleza adquirida por buenas acciones y servicios personales se incluyen los caballeros (8). Plebeyos son todos los demas que ni son nobles, ni gozan de los privilegios de tales, y comunmente se llaman del estado llano.

* 54. Los pobladores principales de América, sus hijos y descendientes legítimos eran por la ley hidalgos de solar conocido en aquella poblacion y en cualquiera otra parte de las Indias, y como tales gozaban todas las honras y preeminencias concedidas á los hidalgos y caballeros de Castilla (9).

55. Tambien se dividen los hombres libres en eclesiásticos y legos (10). Los eclesiàsticos, que son los que componen el estado gerárquico de la Iglesia, ò son clérigos seculares ò regulares (11); y legos son los que no han recibido la primera tonsura por lo menos.

ARTÍCULO III.

DEL ESTADO DE FAMILIA.

56. Segun este estado se dividen los hombres en padres, è hijos de familia que están bajo la potestad de aquellos; pero esta division la trataremos oportunamente en el tìtulo IX.

---

(4) L. 11 tit. 21 Part. 2.
(5) Dicha ley 2.
(6) L. 11 tit. 1 Part. 2.
(7) LL. 2 tit. 21, y 8 tit. 31 Part. 2. Leyes 8 y 9 tit. 7 lib. 1 Rec.
(8) LL. 1, 2, 3 y 4 tit. 21 Part. 2.
(9) L. 6 tit. 6 lib. 4 Rec. de Ind.
(10) L. 2 tit. 23 Part. 4.
(11) LL. 1 tit. 6, y 1 tit. 7 Part. 1.

TÌTULO IV.

DE LOS INGENUOS.

57. La etimología de este nombre se toma de la palabra latina *gignendo*. Los ingènuos, pues, por tanto se llaman asi, porque les es ingénita ó innata la libertad, es decir, porque desde el momento en que fueron engendrados ò nacidos fueron libres. Esta es la principal distincion que hay entre ellos y los libertinos, los cuales tambien son libres, pero no desde su nacimiento, sino desde el tiempo de la manumision.

58. Con lo dicho se entiende fàcilmente la definicion. *Ingénuo es aquel que es libre desde el instante de su nacimiento* (1). De suerte que para que alguno sea ingénuo se requieren tres cosas. La primera que sea libre, porque el siervo de ninguna manera lo es. La segunda que sea libre desde el instante de su nacimiento ; y asi, si uno que naciese de una esclava fuese manumitido en el momento mismo del parto no seria ingénuo, sino libertino. La tercera, que nunca haya estado en justa servidumbre, porque con un solo instante que hubiese sido siervo, aunque despues recobrase su primera libertad, no seria ingénuo, sino libertino (2).

59. Para poder juzgar acertadamente quienes son ingénuos es necesario establecer un axioma, del que deduciremos despues varias conclusiones. Tal es el siguiente : *es ingénuo todo aquel que ha nacido de una madre que á lo menos por un momento fué libre, ó al tiempo de la concepcion, ó al del parto, ó en el intermedio* (1). La razon de este axioma es la condicion tan miserable de los siervos, por cuya causa el derecho siempre favorece mas á la li-

---

(1) L. 1 tit. 14 Part, 4.
(2) Arg. de dicha ley 1 tit. 14 Part. 4.
(3) L. 2 tit. 21 Part. 4.

bertad que á la servidumbre (1), y asi juzga ingénuo y no siervo al infante cuya madre ha sido libre, al menos un instante desde la concepcion hasta el parto (2).

60. Del axioma establecido se deducen varias conclusiones. 1.ª Que es ingénuo el que ha nacido de padres libertinos, porque nunca ha estado en servidumbre. 2.ª Que la manumision no daña á la ingenuidad; y asi si un hombre libre injustamente detenido en servidumbre recobra su libertad, no es libertino, sino ingénuo, pues nunca fué siervo aunque estuvo en servidumbre. 3.ª Que los hijos vendidos por su padre (3), y los adeudados despues de manumitidos, quedaban ingénuos, porque segun nuestro derecho los deudores insolventes y los que hacian cesion de bienes eran entregados á sus acreedores para que les sirviesen (4); pero como no eran siervos, sino que solamente prestaban sus obras como criados mercenarios, asi que acababan de pagar y conseguian su libertad no quedaban libertinos, sino ingénuos. 4.ª Que el nacido de muger libre y de siervo es ingénuo en virtud de que, como dijimos arriba, el parto sigue al vientre. Finalmente, por la misma razon es ingénuo el espúrio nacido de madre ingénua, aunque el padre sea incierto (†).

---

(1) LL. 1 tit. 34 Part. 7, y 22 v. é esto tit. 9 Part. 6.
(2) L. 2 tit. 21 Part. 4.
(3) L. 9 tir. 17 Part. 4,
(4) LL 4, 5 y 7 tit. 16 lib. 5 Rec.
(†) Heinnec. Recit. § 91.

TÌTULO V.

DE LOS LIBERTINOS.

61. Dijimos arriba al comenzar el tratado de las personas que los hombres libres, ó son ingénuos, ò libertinos. Habiendo, pues, tratado ya de los ingénuos, se sigue ahora hablar de los libertinos.

62. Libertino *es aquel que ha sido manumitido de una servidumbre justa y legìtima.* Decimos que ha de tener esta condicion, porque ya dejamos asentado que el que fué manumitido de una servidumbre injusta y violenta no seria libertino, sino ingénuo, v. gr:, Josè, manumitido por Faraon, quedó ingénuo, porque habiendo sido vendido injustamente por sus hermanos, no estuvo en una servidumbre legìtima. Veamos ahora que es manumision, y cuales son los modos de manumitir adoptados por nuestro derecho.

63. Por ella entendemos *el acto de dar de mano.* Por *mano* en derecho se significa la *potestad*; y asi se dice muchas veces que *los hijos estan en la mano de los padres*, esto es, *en su potestad.* Que los siervos pueden ser manumitidos es claro, en el supuesto de que son cosas: luego estàn en dominio como las demas; y como este se puede renunciar ó abdicar, es indudable que tambien se puede manumitir.

64. Segun nuestro derecho, los siervos pueden ser manumitidos de dos maneras, ó por voluntad de su dueño, ó por ministerio de la ley (*). Por voluntad espresa del señor consiguen la libertad cuando aquel se la da ò á presencia del juez, ò en testamento, ó por carta, por sì mismo ó por personero, ó de cualquiera otro modo que conste la voluntad que tiene de manumitir, aunque no intervenga solemnidad alguna. Porque no obstante que las leyes de Partida, fundadas en el derecho de los romanos, establecian

(*) L. 3 y siguientes tit. 22 part. 4.

que la manumision no pudiese ser hecha por personero, y que habia de verificarse delante de cinco testigos, ò en escritura firmada de otros tantos (1); en el dia ninguna de estas solemnidades se requiere, en virtud de que la ley de Recopilacion (2) manda que valga toda obligacion ô contrato hecho, en cualquiera manera que conste que uno se quiso obligar á otro.

65. Por voluntad tàcita manifestada por los hechos se tiene manumitido el siervo á quien su señor instituye por heredero en su testamento (3), ò deja por tutor de sus hijos, aunque no diga que le concede la libertad (4). Asi mismo cuando se casa con su sierva, ó permite que otro hombre libre se case con ella, ó una libre con su siervo (5). Lo mismo sucede cuando el siervo recibe órdenes hasta el subdiaconado sabiendo el señor y consintiéndolo; porque si las recibe sin su consentimiento ni noticia, puede el señor mantenerle en servidumbre, si no es que hubiese sido promovido al diaconado ó presbiterado, que entonces quedará libre, pero con la obligacion de pagar el precio que valia antes de ser ordenado, ó de dar otro siervo que valga tanto como èl (6).

66. Por ministerio de la ley, aun contra la voluntad de su dueño, consiguen los siervos su libertad, unas veces en pena de los delitos del señor, y otras en premio de algunas acciones recomendables. Del primer modo es libre por derecho la sierva prostituida por su señor (7). Asi mismo

(1) L. 1 tit. 22 Part. 4.

(2) L. 2 tit. 16 lib. 5 Rec.

(3) L. 3 tit. 3 Part. 6.

(4) L. 7 tit. 16 Part. 6.

(5) L. 5 tit. 22 Part. 4 y 1 tit. 5 Part. 4. * La disposicion de esta ley es solo para el caso en que el señor estando presente al matrimonio de su siervo con persona libre encubre la condicion del esclavo, segun lo esplica la ley 1 tit. 5 part. 4, y Gutierrez can. qq. cap. 91; y vease la ley 5 tit. 5 lib. 7 R. I. que mantiene en la esclavitud á los esclavos que se casaren.

(6) L. 6 tit. 22 Part. 4. L. 18 tit. 6 Part, 1,

(7) L. 4 tit. 22 Part. 4.

lo es el siervo espuesto en su infancia, ó abandonado por vejez ò enfermedad (1); aunque en estos casos debe el señor proveerle de todo lo necesario durante el tiempo de la niñez, ó de la vida ó enfermedad (2). En premio, es libre el siervo que en campaña hace prisionero ó mata al caudillo contrario: el que descubriere al raptor de una muger vírgen, ò al que fabrica moneda falsa, ó al que desamparó alguna fortaleza que estaba à su cargo, ó al Rey ó capitan en alguna espedicion, y descubriese alguna traicion que se intentase contra el Rey ó contra el reino. Pero en estos casos el Rey ò el otro señor à quien las descubriese, debe dar à su dueño tanto precio cuanto vale el siervo (†). Es tambien libre cuando acusa al que diò la muerte á su señor (3); y el siervo de moro ò judía que abandonando la secta que profesaba juntamente con su señor, abrazare la religion cristiana y se bautizare (4).

67. Por derecho de gentes es libre el esclavo que de los reinos estrangeros se pase â alguna provincia del nuestro, con ànimo de recobrar su libertad, como está decidido por repetidas cédulas y reales òrdenes (5).

68. Finalmente, se juzga tan favorable por nuestro derecho la libertad, que la conseguirà cualquier siervo que por sì ó por otro presente á su señor el justo precio de ella, á cuyo efecto le han proporcionado nuestras leyes algunos medios (6).

69. A la manumision son consiguientes varios oficios

---

(1) L. 4 tit. 20 Part. 4.

(2) Real cédula de 31 de Mayo de 1789 cap. 6.

(†) L. 3 tit. 22 p. 4.

(3) L. 3 tit. 22 Part. 4.

(4) L. 8 tit. 21 Part. 4.

(5) Real cédula de 14 de Abril de 1789, y real órden de 25 de Marzo de 1801. * Pero en esta República no lo es, segun la ley nacional de 21 de Enero de 1814.

(6) Arg. de la ley 2 tit. 22 Part. 4, y de la real cédula de 31 de Mayo de 1789.

entre el liberto y su señor, que llaman derechos de patronato, de los que vamos á tratar, aunque en la mayor parte están desacostumbrados. El fundamento de todos los derechos de los patronos consiste en cierta especie de paternidad y filiacion que el derecho finje entre el patrono y su liberto (1). La razon es clara : porque asi como el hijo debe à su padre la vida natural, el liberto debe à su patrono la civil. Durante la servidumbre no era mas que una cosa como las otras que están en el patrimonio, y por la manumision se hizo persona, adquirió cabeza en la república, y recibiò el mayor beneficio que se puede hacer á un hombre despues de la vida (2). Los patronos, pues, deben tener para con sus libertos el lugar de padres.

70. De este fundamento nacen todos los derechos del patrono; porque, como hemos dicho, el liberto es á semejanza de hijo para con su patrono, debe à este todo obsequio y reverencia (3); y asi como el hijo no puede presentarse en juicio contra su padre sin impetrar venia del juez, de la misma suerte el liberto contra su patrono. Debe tambien mostrar su agradecimiento, no solo con sus palabras, sino con toda especie de obras oficiosas, ayudàndole y cuidando de sus cosas cuando sea necesario; pero no con obras de trabajo â que llaman fabriles, como coserle sus vestidos si es sastre, hacerle zapatos si es zapatero, si no es por convencion especial, ò por mucha pobreza del patrono (4). Sucede *ab intestato* en todos los bienes del liberto, no teniendo hijos, nietos, padres ni hermanos. Si hace testamento, y no tiene ninguno de los parientes sobredichos, llegando sus bienes al valor de cien maravedís de oro, debe dejar á su patrono la tercera parte (5).

71. Estos derechos tienen lugar cuando el señor da

---

(1) Arg. de la ley 8 tít. 22 Part. 4. y en ella Greg. Lopez al n. 4.
(2) Dicha ley 8 tit. 22 Part. 4.
(3) Dicha ley 8 tit. 22 Part. 4.
(4) Dicha ley 8 tit. 22 Part. 4.
(5) L. 10 tit. 22 Part. 4.

libertad à sus siervos gratuitamente por sola su buena voluntad y por hacerles bien ; mas si son manumitidos por méritos suyos, ó en pena de los abusos de su señor, no quedan con obligacion alguna para con èl (1).

(1) L. 11 tit. 22 Part. 4.

TÍTULO VI Y VII.

QUIENES NO PUEDEN DAR LIBERTAD A SUS SIERVOS, Y POR QUE CAUSA.

72. Aunque las leyes han procurado en cuanto es posible favorecer la libertad, facilitando los medios de que la consigan los que carecen de ella, no obstante se hallan algunos casos en que por justas causas han privado á los señores de la facultad de manumitir á sus siervos, que por principios generales de derecho les compete.

73. El primer caso se verifica en la manumision hecha en fraude de los acreedores. Acerca de esta disponen las leyes, que no valga la libertad dada à sus siervos por aquel que estando cargado de deudas, no teniendo como satisfacerlas completamente, y consistiendo su patrimonio ó la mayor parte de él en siervos, los manumitiese con la mira de defraudar á sus acreedores y hacer ilusorio su derecho (1). Los siervos aun en el dia forman en muchas provincias la mayor parte de las riquezas de los propietarios, y como en derecho se reputan por cosas, no es menos rico el que tiene muchos siervos, que el que posee muchas cabezas de ganado, casas y haciendas. Por tanto, el que les diese libertad à todos aniquilaria ó disminuiria mucho su patrimonio, con perjuicio irreparable de sus acreedores. Para ocurrir á este inconveniente se han declarado *nulas*, ó de ningun valor y efecto, semejantes manumisiones (2).

74. Para inteligencia de esta materia es necesario advertir que hay mucha distincion en derecho entre lo que es *nulo* y *rescindible*. Nulo se dice aquello que sin necesidad de intentar accion judicial no produce efecto alguno; v. gr., la enagenacion hecha por un infante. Por el contrario, rescindible se llama lo que en sí es vàlido y capaz de producir su efecto; pero que el juez por justas causas lo

(1) L. 24 tit. 3 Part. 6

(2) Dicha ley 24 tit. 3 Part. 6.

irrita ò deshace; v. gr., la enagenacion de las cosas de los menores hecha con consentimiento del curador. Esta es una verdadera y legìtima enagenacion, que produce su efecto. No obstante, si aparece despues que el menor ha sido dañado, puede el juez rescindirla, declarando al menor el beneficio de la restitucion. Ahora, pues, no toda enagenacion hecha en fraude de los acreedores es nula, sino que se rescinde por el juez, valiéndose los dañados de la accion pauliana que les compete para recobrar lo que ha sido enagenado en fraude de sus crèditos (1). Mas la manumision hecha en fraude de los acreedores ó en perjuicio de las legítimas no se rescinde, sino que por el mismo hecho es nula (2). La razon de esta diversidad consiste en que la libertad una vez dada no se puede rescindir ni quitar, por lo que tienen las leyes por mejor declarar que no fué dada. A esto se añade que con la accion pauliana se recobra del poseedor lo que ha sido enagenado (3); mas en la manumision nada se enagena, ni hay quien posea la servidumbre de que ha sido librado el siervo. No habia, pues, otro modo de ocurrir al daño de los acreedores, que estableciendo por regla general, que en cuanto al efecto nada hace el que manumite en fraude de ellos.

75. Resta ahora esplicar qué sea manumitir en fraude de los acreedores. Por *fraude* se entiende todo dolo dirigido à engañar á otro. Pero no todo dolo es malo, sino solamente aquel que tiene por objeto engañar para causar daño, v. gr., cuando uno maliciosamente da á otro una moneda de cobre plateada por corriente. Como aquì se trata de un fraude y de un dolo malo, para que se verifique son necesarias dos condiciones. 1.ª Animo, intencion ó deseo de defraudar á los acreedores, esto es, que sepa el deudor que manumitiendo los siervos no le queda con que pagar, y que no obstante eso proceda á manumitir.

(1) L. 7 tit. 15 Part. 5.
(2) L. 12 tit 6 lib. 5 Rec.
(3) Ley 7 tit. 15 Part. 5.

2.ª Que resulte el efecto de no poder satisfacer á los acreedores, manumitidos los siervos (1). Cualquiera de estas dos condiciones que falte, hace válida la manumision; y asi, si uno con buena fé da libertad á su siervo, porque se cree tan rico que pueda satisfacer completamente á sus acreedores, aunque efectivamente no alcance, nada ha hecho en su fraude porque faltó el deseo é intencion de defraudarlos. Y si otro, de treinta siervos que tenia hubiese manumitido tres, quedando con lo suficiente para pagar á sus acreedores, aunque hubiese tenido intencion de defraudarlos, nada hizo en fraude suyo, si estas manumisiones no produjeron el efecto de que fuesen dañados (2) (a).

76. Para manumitir á los siervos requerian antiguamente las leyes la edad de viente años, y habiendo justas causas para la manumision permitian que se biciese aun á la edad de diez y siete (3). Las causas que se juzgaban suficientes eran varias, y las espresa muy bien la ley de

(1) Ley 24 tit. 3 Part. 6.

(2) Ley 24 tít. 3 Part. 6.

(a) Esta nulidad de las manumisiones que hemos esplicado padecia dos escepciones. La primera se ha insinuado ya, y era cuando alguno, juzgándose mas rico de lo que era en la realidad, manumitia con buena fé. Y la segunda, cuando no hallando el testador quien quisiese ser su heredero, instituía á un siervo suyo por tal, dándole la libertad aunque fuese con perjuicio de sus acreedores. La razon de esta escepcion, era, que entre los romanos se tenia por ignominioso que los bienes de un ciudadano que hubiese muerto insolvente se subastasen por los acreedores en su nombre. Para evitar, pues, este deshonor permitia el derecho que en estos casos pudiese instituir á un siervo por heredero, el cual lo era necesariamente y nada lucraba de la herencia, pues en esta institucion solo habia el objeto de que los bienes no se pregonasen en nombre del difunto para consultar á su fama, sino en el del siervo heredero. Esta preocupacion se supone existente por la ley 24 tit. 3 Part. 6, y por tanto dispone lo mismo que el derecho de los romanos. Pero en el dia no es admisible semejante escepcion, porque no se tiene por ignominiosa la venta de los bienes de ningun difunto. As vemos frecuentemente que en pública almoneda se subastan las bibliotecas y menages de las casas de los hombres mas ilustres; aun cuando nada deban á otro.

(3) L. 1 tit. 22 Part. 4.

Partida. "Como si aquel à quien quisiese aforrar fuese su fijo ó su fija que oviese de alguna su sierva, ò si fuese su padre ó su madre, ò su hermano, ó su hermana, ò su maestro que le enseñase, ó su amo, ò ama que le criase, ò si fuese con él criado á leche de una muger, ó si fuese tal siervo que oviese librado á su señor de muerte ó de mala fama, ò si quisiese aforrar á alguno de sus siervos para facerlo procurador para recabdar sus cosas fuera de juicio, habiendo el siervo à lo menos diez y siete años cumplidos, ó si aforrase su sierva para casar con ella." Probándose por el señor alguna de estas causas delante del juez, aun cuando fuese menor de veinte años, como fuese mayor de diez y siete podia dar la libertad à sus siervos con consentimiento de su curador (1).

77. Lo dicho tenia lugar cuando la manumision era hecha en vida, pues si se hacia en testamento bastaba que el señor tuviese la edad de catorce años (2). Pero ahora no estando en uso estas leyes, es muy probable que tanto en testamento como fuera de él, puede cualquiera manumitir à la edad de catorce años, y sin que se exija justa causa para ello. Solo sí en los menores de veinte y cinco se deberá exijir respectivamente el consentimiento del tutor ó curador, por carecer hasta esa edad de la libre administracion de sus bienes.

78. Como esta ámplia facultad concedida à los señores es en beneficio de los siervos, para que no ceda en daño suyo está prevenido que no puedan los dueños dar libertad por descargarse de las obligaciones de alimentos y vestido á aquellos esclavos que por su mucha edad ó enfermedad no se hallen en estado de trabajar, y lo mismo á los niños y menores de cualquiera de los dos sexos. Y en caso de manumitirlos debe ser proveyéndoles del pecu-

---

(1) L. 1 tit 22 Part. 4.

(2) Dicha ley I tit. 22 Part. 4.

lio suficiente señalado por el señor á arbitrio del juez, y con audiencia del procurador síndico (1), como protector de esclavos.

---

(1) Real cédula de 31 de Mayo de 1789 cap. 6.

TÍTULO VIII.

DE LA POTESTAD DOMINICA.

79. Otra division de los hombres aprobada por el derecho es en unos que están libres de toda potestad, y otros que están sujetos à potestad agena. Si esta division no se mira con cuidado, es fácil creer que coincide con la primera, por la que dividimos á todos los hombres en libres y siervos; pero no es asì, porque hay muchos hombres libres que están sujetos á potestad agena, v. gr., los hijos é hijas de familia, no siendo siervos, sino libres. Diremos, pues, que las personas no sujetas á potestad, y que en derecho se llaman *sui juris*, son aquellas que están libres de potestad domínica y patria, y éstas se dicen *padres de familia*, de cualquiera edad que sean, v. gr., un infante que acaba de nacer es padre de familias si no tiene padre ni señor. Por el contrario, están sujetos á potestad agena todos aquellos que se hallan bajo de la de su padre ó *señor*: los primeros se llaman *hijos ó hijas de familia*, y los segundos *siervos ó esclavos*. En este título se tratará de la potestad domínica, y en el siguiente de la patria.

80. El fundamento de la potestad de los señores es el estado de los siervos, es decir, que los derechos que corresponden á los señores sobre sus siervos estriban en no considerarse estos como personas, sino como cosas que están en el dominio de su dueño, no de otra manera que un buey ó un caballo. De suerte que por derecho antiguo de los romanos era principio inconcuso, que todos aquellos derechos que competen al señor en su cosa le competen tambien en su siervo. De este principio tan general nació el abuso que hicieron los señores de una facultad tan absoluta. No se limitó á adquirir por medio de los siervos, exigiendo de ellos con crueldad cuanto ganaban, ni solamente à tenerlos en el comercio como cualquiera otra cosa mueble ó semoviente, sino que se llevó hasta el esceso de quitarles la vida aun por muy leves causas.

81. Nuestro derecho, aunque conviene en que los sier-

vos son cosas que estàn en el dominio de sus dueños, teniendo tambien consideracion â que son hombres, y en este concepto iguales á cualquiera otro, ha concedido solamente á los señores aquellas facultades que son necesarias para sacar de ellos una justa utilidad, pero sin violar las leyes sagradas de la caridad cristiana y de la humanidad. Les concede pues un poder lleno y cumplido para hacer de ellos lo que quieran (1); pero les prohibe matarlos, lastimarlos y tratarlos con demasiada crueldad (2). Impone á los siervos la obligacion tan justa, y conforme á la recta razon, de obedecer y respetar á sus dueños, de desempeñar las tareas y trabajos que les señalen, y de venerarlos como á sus señores y padres de familia; pero al mismo tiempo toma las mas oportunas precauciones para que estos no escedan sus facultades. Para el caso, pues, de que falten à alguna de estas obligaciones, ó cometan algunos escesos, les da poder para castigarlos correccionalmente, segun la calidad del defecto ò esceso, con prision, grillete, cadena, maza, cepo, no poniéndoles en éste de cabeza; ó con azotes que no puedan pasar de veinte y cinco, y con instrumento suave que no les cause contusion grave ó efusion de sangre (3). Si los castigos espresados no fuesen suficientes por haber sido grave el delito cometido por el siervo, ya sea contra sus amos, muger ó hijos, ya contra cualquiera otra persona, no tiene entonces el señor mas facultad para su castigo, sino que deberá dar parte á la justicia (4), para que se proceda contra él en la forma que esplicaremos en otra parte.

82. Si los señores ó sus mayordomos maltrataren á los siervos, ó se escedieren en los castigos correccionales que únicamente les están permitidos, causándoles contusiones graves, efusion de sangre, ó mutilacion de miembro, ademas de imponérseles pena pecuniaria, segun merezca la gravedad del esce-

(1) L. 6. tit. 21. Part. 4.

(2) Dicha ley 6.

(3) Real cèdula de 31 de Mayo de 1789 cap. 8. * y véase L. 3, tit. 5. P. 5., L. 9. tit 8. P. 7.

(4) Dicha real cédula cap. 9.

so, se procederà contra ellos criminalmente á instancia del procurador síndico, substanciando la causa conforme á derecho, y se les impondrá la pena correspondiente al delito cometido como si fuese libre el injuriado, confiscándose ademas el esclavo para que se venda á otro dueño si quedare hábil para trabajar, aplicando su importe á la caja de multas. Mas si el esclavo quedare inhábil para ser vendido, sin devolvérsele al dueño ni mayordomo que se escediò en el castigo, deberá contribuir el primero con la cuota diaria que se señalare por la justicia para su manutencion y vestuario, por todo el tiempo de la vida del esclavo (1).

83. La adquisicion por medio de los esclavos ha tenido tambien bastante moderacion, pues aunque deben siempre ocuparse en beneficio y utilidad de sus señores, en trabajos proporcionados á sus edades, fuerzas y robustez, no obstante les concede el derecho algun tiempo para emplearle en su utilidad; y adquirir con sus ganancias algun peculio verdaderamente propio. A este efecto está dispuesto que debiendo principiar y concluir sus trabajos de sol à sol, se les dejen en este mismo tiempo dos horas libres en el dia, para emplearlas en manufacturas que cedan en su personal beneficio y utilidad (2). Y la pràctica del dia, aun mas benigna es, que los señores que se sirven de esclavos les permiten liberalmente que adquieran para sí en todas las horas en que no hacen falta à los oficios á que los destinan, cediéndoles tambien todas las donaciones que se les hacen, y tratándolos en todo como á los criados mercenarios.

(1) Real cèdula de 31 de Mayo dè 1789 cap. 10.

(2) La misma real cédula cap. 3.

* APENDICE

SOBRE

EL ESTADO DE LA ESCLAVITUD EN ESTA REPUBLICA,

Y

PRINCIPALMENTE

EN

BUENOS-AIRES.

ARTÍCULO 1.°

ESCLAVOS.

84. Las leyes nacionales, y algunos decretos dados por el Gobierno de esta provincia, han hecho una notable alteracion en el derecho civil que hasta aquí se ha espuesto. La Asamblea Nacional por ley de 4 de Febrero de 1813, declarò libres á todos lòs esclavos que de paises estrangeros se introdujesen de cualquier modo, desde dicho dia, por solo el hecho de pisar el territorio de las Provincias Unidas. Posteriormente, por ley de 21 de Enero de 1814, declaró el mismo cuerpo, que la ley anterior debia entenderse con aquellos esclavos que fuesen introducidos por via de comercio ó venta; y de ningun modo con los que hubiesen transfugado, ó transfugasen de otras naciones, ni con los que introducidos en estas provincias por los viajantes estrangeros se conservasen en su propio dominio y servidumbre: *no pudiendo estos pasar á poder de otro*.

85. La última parte de esta ley, y el decreto de 3 de Septiembre de 1824 que la reglamentó, se revocaron por resolucion del Gobierno de 15 de Octubre de 1831 (1):

(1) Reg. Ofic. lib. 10 n. 10.

declarando libre la enagenacion de todo esclavo introducido en clase de sirviente, despues de publicada la ley anterior, ò que en adelante se introdujese.

86. Pero el abuso que se hacia de este permiso, introduciendo multitud de negros para venderlos, hizo que el Gobierno por decreto de 26 de Septiembre de 1833 (1), mandase—" Que si por el escesivo número de esclavos que introduzca un particular, indujese la sospecha de que pueden ser importados con infraccion de la ley, el Gefe de Policia ordenará se levante un breve sumario del hecho, y dará cuenta al Gobierno para resolver, haciendo, entre tanto, responsable al propietario de la existencia de los negros, y prohibiendo su enagenacion." Se ordenó tambien, que los esclavos que se introdujesen de otro modo que del permitido por la ley, se declararian en comiso, dando el patronato de ellos al denunciante, en los términos dispuestos por punto general ; y al efecto, se revalidò el decreto de 3 de Septiembre de 1824, y la ley que prohibe el comercio de negros.

87. Como por ley general (2) puede un esclavo libertarse, afianzando su valor, habia mil cuestiones siempre que se trataba de su venta ó libertad por la variacion de la moneda. El Gobierno consultò sobre ellas á la Exma. Cámara de Justicia, y el informe de este tribunal se mandò tener por resolucion en la materia (3). "Toda vez," decia la Càmara en su informe, "que se trata de la venta forzada, ó libertad de un esclavo nacido en la casa del vendedor, ó habido sin antecedente precio determinado, se tasa este por peritos nombrados, uno por parte del amo, y otro por parte del Defensor de pobres.—El esclavo comprado por precio determinado, que en poder del nuevo amo adquirió mejoras, ò se desmejorò por vicios, enfermedad, ó vejez, debe tasarse para su venta ó liber-

(1) Reg Ofic. lib. 12 n. 11.

(2) Céd. de 9 de Agosto de 1788.

(3) Dec. de 5 de Noviembre de 1827.

tad. Si el esclavo que ha de venderse por causas justas, ó que trata de libertarse se hallase en alguno de los casos anteriores, debe desde luego apreciarse por peritos; pero si tiene un precio fijo, sin causa sobreviniente que pueda aumentarle ó disminuirle, no es justo reducirle à tasacion, ni con el pretesto de libertad, en perjuicio de la propiedad del amo " (1).

ARTÍCULO 2.°

LIBERTOS.

88. La Asamblea Nacional por ley de 2 de Febrero de 1813, mandó que todos los que hubiesen nacido desde el 31 de Enero inclusive del mismo año fuesen tenidos y considerados por libres. Esta ley se reglamentó por el mismo cuerpo legislativo por otra de 6 de Marzo de aquel año. En esta, para evitar los fraudes que entonces pudieron temerse, se dispuso por los artìculos 1.°, 2.° y 3.° que los párrocos, y cabezas de familia, pasasen á los alcaldes de los respectivos cuarteles y à la Policìa un aviso circunstanciado, como allí se determina, de los niños de castas que nacieren. (*)

89. Se fijó tambien la lactacion de los infantes libertos por el término de 12 meses à lo menos (2).

90. Si una esclava que tuviese hijo liberto se vendiese, deberá pasar con él al poder del nuevo amo, si el liberto no hubiese cumplido aun los dos años. Pero desde esta edad en adelante, el vendedor puede quedarse con èl, ò traspasarle al comprador junto con la esclava (3). Sobre esta parte de la ley ocurrian varias dudas; y la Sala por resolucion de 14 de Abril de 1821 (4) declarò: que el com-

(1) Informe de 5 de Noviembre de 1827.

(*) Sobre la estraccion de los libertos á territorio estrangero, y de las esclavas embarazadas vease el Dec. de 10 de Noviembre de 1821. Reg. Ofic. lib. 1 n. 12.

(2) Art. 4. Reg. de 6 de Marzo de 1813. Gaz. Minist. n. 48.

(3) Art. 5.

(4) Gazeta de 18 de Abril de 1821.

prador de una esclava que llevaba liberto, podia retenerle si no resultaba del contrato una interpretacion en contrario; y que por el mismo título manumitida la madre, no tenia derecho para obligar al amo á la entrega del liberto.

91. La ley constituye en los amos de la madre un derecho de patronato diferente del que antes se conocia. Los libertos hasta la edad de 20 años, siendo varones, y de 16 siendo mugeres, si estas antes no se casasen, deben permanecer en casa de sus patronos (1) sirviendo gratis los primeros hasta la edad de 15 años, y las segundas hasta los 14 (2): y desde allí hasta los 16 y 20, debe abonarseles un peso mensual.

92. El patronato se acaba por la sevicia del patrono en el liberto, pues justificada esta se le destina á una casa mas conveniente (3). La Policìa por la ley, debia ser el juez de estas causas, pero hoy entienden de ellas los jueces ordinarios. Tambien se acaba el patronato si los patronos por pobreza conocida, por vicios incorrejibles de los libertos, ó por otros motivos, resistiesen mantenerlos consigo. En este caso debe darse cuenta à la Policía para darles otro destino (4). Finalmente se acaba el patronato por llegar el liberto á los 20 años, ô á los 16 siendo muger, ó antes si se casase (5). Desde entonces, el destino de ellos queda á su arbitrio ò eleccion (6); en lo que se hace una notable alteracion en el derecho generalmente establecido para los menores.

93. La guerra con el Imperio del Brasil, dió causa á otro género de patronato en los esclavos tomados en corso. Los armadores de corsarios, que apresasen esclavos ó cargamentos de ellos, podian empeñar sus servicios por la can-

(1) Art. 6 y 5. del reg. antes cit.
(2) Art. 8. y 15.
(3) Art. 7.
(4) Art. cit.
(5) Art. 6. 11. y 15.
(6) Art. 11.

tidad de 200$ cuando mas, en compensacion de los riesgos y gastos de la importacion y habilitacion de los buques (1). El tiempo de este empeño, es segun la edad del esclavo. En los que tengan menos de 10 años, hasta cumplir los 20; en los de 10 á 15, diez años; en los de 15 á 25, ocho; en los de 25 á 35, seis; y de allì en adelante solamente cuatro (2). Los armadores podian retener à los libertos por estos mismos tiempos. Los nuevos patronos á quienes los armadores hubiesen cedido sus derechos, pueden igualmente traspasarle con intervencion de la Policía; y con la calidad precisa de que el precio debe minorarse en razon del tiempo que hubiese ya servido el liberto. La misma proporcion se observa respecto al armador, caso que quiera traspasar su derecho despues de aquel tiempo (3). Como la Policía estendia la cédula de patronato en favor del armador cuando estos se recibian de algun liberto, debian prestar fianza por la cantidad de 200 pesos, de no estraerle por motivo alguno fuera del territorio de la Repùblica, sin un permiso especial. Para darse este, se otorga la fianza correspondiente de que su libertad no será infringida (4).

94. El patronato en estos libertos, se pierde por la sevicia: por no prestarles las asistencias convenientes, ó por mirar con abandono su educacion (5).

95. Como los decretos dados no hubiesen hablado de los modos con que podrian estos libertos obtener su absoluta libertad, se consultò al gobierno sobre la materia, y por decreto de 23 de Enero de 1828, se resolvió, que podrian quedar en libertad, entregando à sus patronos la cantidad correspondiente al tiempo que aun debian permanecer en el servicio.

(1) Art. 1. Dec. de 12 de Septiembre de 1827. R. O. lib. 6 n. 20.
(2) Art. 2.
(3) Art. 11.
(4) Art. 13.
(5) Art. 22. Dec. de 28 de Mayo de 1827. R. N. n. 5 lib. 3.

TÌTULO IX.

DE LA PATRIA POTESTAD.

96. Por patria potestad entendemos aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil conceden á los padres sobre sus hijos, con el fin de que estos sean convenientemente educados. De aqui se infiere, que hay una patria potestad que dimana de la recta razon, ó del derecho de gentes, y otra que es inventada por el derecho civil: aquella no da mas facultades á los padres que las que son necesarias para conseguir el fin, que es la conveniente educacion de los hijos; esta se estiende à concederles algunas otras facultades y derechos que los indemnicen en alguna manera del trabajo que deben tener para formar de sus hijos unos ciudadanos útiles á la República.

97. Considerada la patria potestad por derecho de gentes, no es otra cosa que aquella facultad que tienen los padres para gobernar y dirigir las acciones de sus hijos, concedida por la naturaleza con el fin de que puedan darles la conveniente educacion â que estan obligados. La razon de esta potestad es evidente. Como cuando los hijos son todavia infantes ó niños pequeños, y aun jòvenes, no estàn dotados de aquella perspicacia de ingenio y habilidad necesaria para que ellos mismos pudiesen por sí buscar sus alimentos, y saber como deben arreglar sus acciones á la recta razon, Dios, que quiso que existiesen, se conoce que quiso tambien encomendar á otros el cuidado de su educacion. Y como no puede haber otros mas á propósito que sus mismos padres, á quienes con este fin ha infundido un tierno amor, se infiere claramente, que este oficio incumbe principalmente á los padres, y que deben estar revestidos de toda aquella autoridad que se requiere para dirigir y gobernar las acciones de sus hijos, que es lo que se llama *patria potestad*.

98. Segun este derecho, es comun la potestad á ambos padres, porque de uno y otro es propio el oficio de educar á los hijos comunes; y concedièndose por ella todo aquello sin lo cual no pueden dirigirse sus acciones, es fácil de conocer que es lìcito á los padres prescribir à los hijos lo que deben hacer y lo que deben omitir, y à los desobedientes no solo reprenderlos, sino tambien castigarlos segun lo exija su culpa, con consideracion á su edad, sexo y otras circunstancias. Por la razon contraria se infiere, que esta potestad no se estiende á derecho de vida y muerte sobre los hijos, ni tampoco à venderlos, empeñarlos, entregarlos à la *noxa*, y adquirir todo lo que les venga de otra parte, pues es claro que ninguna de estas facultades es de tal naturaleza que sea necesaria para conseguir el fin que hemos dicho. Pero como la potestad de los padres consiste en dirigir las acciones de los hijos, no se les debe negar el derecho de mandarles hacer algunas obras segun su condicion, y de percibir la utilidad de ellas, y aun de administrar aquellos bienes que han adquirido por beneficio de los hombres ò de la fortuna.

99. Finalmente, siendo constante que conseguido el fin deben cesar los medios, se acaba por tanto esta potestad, no solo por la muerte de los padres, sino tambien cuando los hijos varones estan en tal edad y circunstancias que pueden vivir separados y formar nueva familia, ó si las hijas ó nietas se casan y pasan á otras familias; al contrario del derecho de los romanos y del antiguo de España, que mantenia à los hijos con sus mugeres y descendientes por toda su vida en la patria potestad, sino es que los padres ó abuelos quisiesen de su voluntad emanciparlos.

100. La patria potestad por derecho civil de España se diferencia poco de la que concede el derecho de gentes. Es, pues, un derecho que se concede al padre sobre sus hijos, no solo para conseguir la comoda educacion de ellos, sino tambien para utilidad del mismo padre y de toda la familia (1). Como en esta potestad se halla una parte gra-

(1) LL. 3 tit. 20 Part. 2, y 1, 2 y 5 tit. 17 Part. 4.

vosa â los padres, y otra que les es ùtil, se puede dividir la patria potestad en onerosa y útil. La primera es comun al padre y á la madre, sean legìtimos ò ilegítimos los hijos, como que casi no es otra cosa que las obligaciones mismas que la recta razon ha impuesto á todos aquellos que han dado el ser à otro (1). La segunda comprende algunos derechos que producen honor y utilidad á los padres que han tenido hijos conforme al órden establecido por el derecho, y à quienes es justo remunerar, asi el trabajo que toman en su educacion, como el servicio que hacen á la repùblica multiplicando los ciudadanos honrados. Esta es propia de solo el padre (2), asi porque es la cabeza de la familia, como porque supone el derecho que es el que ha trabajado mas en lo formal de la educacion de sus hijos, y el que con su actividad los ha puesto en estado de producir utilidad (3). Veremos en primer lugar las obligaciones que abraza la patria potestad onerosa, y en segundo los derechos que concede la útil.

101. La primera es criar y alimentar á los hijos. Esta obligacion y cuidado es á cargo de la madre hasta los tres años, y del padre de allí adelante (4). La segunda instruirlos, gobernarlos, y cuando fuere necesario castigarlos moderadamente para hacerse obedecer de ellos (5). Otra de las principales obligaciones de los padres en lo perteneciente á la vida civil es encaminar y proporcionar á sus hijos para algun oficio ó destino útil con que puedan pasar la vida con honor y comodidad (6); y siendo negligentes los padres en el cumplimiento de una obligacion tan importante, ó estando imposibilitados, deben los magistrados tomar en sì este cuidado (7).

---

(1) L. 5 tit. 19 Part. 4., y céd. de 11 de Diciembre de 1796 art. 25.

(2) LL. 2 y 8 tit. 17 Part. 4.

(3) L. 3 al fin, v. Ca asi como es razon tit. 20 Part. 2.

(4) LL. 3 tit. 8 lib. 3 del Fuero Real, y 1, 2, 3, 4 y 5 tit. 19. Part. 4.

(5) LL. 3 tit. 20 Part. 2, y 18 tit. 18 Part. 4.

(6) Real cédula de 12 de Julio de 1781 art. 1.

(7) Dicha real cédula art. 2.

102. Estos son los cargos anexos á la patria potestad onerosa. Las utilidades que produce la lucrativa son: 1.ª La propiedad de los bienes adquiridos por los hijos con el peculio profecticio (1). Este se llama asi porque dimana del padre, ò de los parientes de parte de él, ó porque viene á los hijos por respecto suyo. 2.ª El usufructo de los adventicios ò adquiridos por parte de la madre, ò de sus parientes por herencia, ó beneficio de la fortuna ó de la industria (2). Pero debe el padre administrar estos bienes de sus hijos, y defenderlos, asi en juicio como fuera de él, por toda su vida (3); y en caso de emancipar al hijo le conceden las leyes que se quede con la mitad del usufructo que tenia, y que solo le entregue la otra mitad, permaneciendo en todo caso la propiedad en el hijo (4). 3.ª La facultad de vender ò empeñar â sus hijos en caso de hambre ó de suma pobreza, que no pueda remediar de otra suerte; pero devolviendo despues el hijo ú otro por él la cantidad que recibió su padre, debe quedar libre (5). 4.ª Ultimamente, compete á los padres la facultad de dar ò negar la licencia y consentimiento para el matrimonio de sus hijos menores de 25 años, y de sus hijas menores de veinte y tres, sin que tenga obligacion en caso de disenso de esplicar causa, ni dar la razon de él (6). Esta prerogativa es la ùnica que se comunica á la madre en defecto del padre, no teniendo el hijo veinte y cuatro años y la hija veinte y dos (7).

103. Los modos de adquirir la patria potestad son: 1.° el matrimonio legítimo ó contraido conforme al òrden establecido por la iglesia (8): 2.° la legitimacion (9); y 3.°

(1) L. 5 tit. 17 Part. 4. * y L. 13 tit. 6 Part. 6.

(2) Dicha ley 5 tit. 17 Part. 4. * L. 13 cit.

(3) Dicha ley 5.

(4) L. 15 tit. 18 Part. 4.

(5) LL. 8 y 9 tit. 17 Part. 4.

(6) Real decreto de 10 de Abril de 1803.

(7) Dicho real decreto.

(8) L. 4 tit. 17 Part. 4.

(9) Arg. de las leyes 1 y 2 tit. 17 Part. 4.

la adopcion (1). A estos suele añadirse la sentencia del juez, que declara ser hijo legítimo aquel de quien se dudaba; y el delito que cometiese un hijo contra su padre que le habia emancipado (2). Pero el primero mas es modo de probar la patria potestad que de fundarla; y el segundo, solo es una pena que impone el derecho al hijo ingrato, y por tanto no es un modo comun de adquirirla. Trataremos, pues, aqui solamente de los tres que hemos dicho, y primeramente del matrimonio.

(1) L. 4 del mismo tit.

(2) La misma ley 4 tit. 17 Part. 4.

TÌTULO X.

DE LAS NUPCIAS O MATRIMONIO.

104. El primer modo de adquirir la patria potestad es el matrimonio. Este no solo es un contrato que trae su origen del derecho natural y de gentes, confirmado y autorizado por el derecho civil, sino tambien un sacramento instituido por Jesucristo, reconocido y venerado como tal en la Iglesia Católica. Bajo este supuesto veremos en este tìtulo: 1.° qué sea el matrimonio: 2.° con què solemnidades y ritos se contrae: 3.° quienes pueden contraerle: y 4.° en qué penas incurren los que le contraen ilegítimamente.

105. Cuanto á lo primero el matrimonio define: un *contrato indisoluble de sociedad celebrado entre dos personas de diverso sexo, con el fin de procurar la procreacion de la prole, y de cuidar de su conveniente educacion* (1). Se dice que es *un contrato*, porque para su valor requiere precisamente el consentimiento de ambas partes (2): *indisoluble*, porque aunque todo contrato consensual se pueda disolver por mutuo disentimiento, este por la naturaleza de sus obligaciones, y por derecho divino, canònico y civil, no puede disolverse (3). Se dice que este contrato es *de sociedad*, porque no es otra cosa que el consentimiento de dos, acerca de un mismo fin y de unos mismos medios: *entre dos personas de diverso sexo*, porque la poligamia, si es viril, es del todo opuesta al fin del matrimonio, y si es muliebre es menos conforme à él, y prohibida por el derecho divino, eclesiástico y civil (4): finalmente, se añade que en esta sociedad se debe tener por fin *la procreacion y educacion de la prole*, porque el fin que Dios se propuso instituyendo el matrimonio fue que el género humano se

---

(1) L. 1. tit. 2. Part. 4.
(2) L. 5. tit. 2. Part. 4.
(3) L. 7. del mismo tit.
(4) L. 13. y del mismo tit.

propagase ordinariamente, y que se supliese con nuevos individuos el número de aquellos que cada dia pagan la deuda comun de la naturaleza (1).

106. Hasta aqui hemos investigado la naturaleza del matrimonio en su definicion: síguense ahora los ritos y solemnidades con que se contrae. Entre estas unas hay que preceden, y otras que acompañan al matrimonio. De la primera especie son los esponsales, los que aunque no son necesarios para su valor, no dejan de precederle cuando este se contrae con la madurez que se requiere. No son otra cosa que una promesa mùtua de futuro matrimonio (2); y aunque esta no es mas que un mero pacto celebrado sin solemnidades algunas, es de tal fuerza, que por ella quedan obligados los desposados à contraer matrimonio despues (3). Y aunque por derecho novísimo (4) en ningun tribunal eclesiàstico ni secular se deben admitir demandas de esponsales que no esten reducidos á escritura pública, esto prueba que no produciràn accion sin este requisito, pero sí obligacion, siempre que no haya una justa causa para reusar su cumplimiento. Finalmente, para contraerlos basta la edad necesaria para consentir, que es la de siete años (5), y el consentimiento de los padres en los que son hijos de familia, que es la segunda solemnidad que debe preceder al matrimonio.

107. Es verdad que la licencia de los padres y su consentimiento no es un requisito necesario para que sea vàlido el matrimonio contraido por hijos de familia, pero sí lo es para que sea lícito. No se puede dudar que falta gravemente al respeto, veneracion y agradecimiento que debe á sus padres el hijo que se empeña en un asunto de tanta consideracion como el matrimonio sin pedir y obtener

(1) L. 4. del mismo tit. v. *las razones*, al medio.
(2) L. 1. tít.. 1. Part. 4.
(3) LL. 1. y 7. tít. 1. Par. 4.
(4) Real decreto de 10 de Abril de 1803.
(5) L. 6. tit. 1 Part. 4.

su consentimiento, aun cuando sea mayor de edad, ó haya salido de su potestad (1), pues nada de esto es motivo para que se estinga el amor, la veneracion y agradecimiento que les debe siempre tener. Mas como en este punto de conceder ó negar el permiso para el matrimonio puede haber de parte de los padres una resistencia perjudicial ó puramente de capricho, y de parte de los hijos una pasion ardiente y fogosa que los empeñe sin reflexion en una alianza de consecuencias funestas, para evitar los inconvenientes de la arbitrariedad y dar una regla fija, se ha señalado por el derecho la edad, hasta la cual pueden los padres usar de su potestad, impidiendo del todo el matrimonio si no es de su agrado, y que cumplida la que se requiere entren los hijos al goce de su libertad, contrayéndole à su arbitrio. Pero en este caso, aunque las leyes no exijen que se pida licencia ni consejo à los padres, faltarán à su obligacion los hijos que no les den esta señal de respeto y de amor, ó que no hagan caso de la resistencia fundada que pongan sus padres à su matrimonio por indecoroso ò perjudicial.

108. Lo ùltimamente dispuesto sobre este particular se puede reducir á cuatro puntos. 1.º Que ni los hijos de familia menores de veinte y cinco años, ni las hijas menores de veinte y tres, puedan contraer matrimonio sin licencia de sus padres, quienes en caso de resistir el que sus hijos ô hijas intentaren, no estarân obligados á dar la razon ni esplicar la causa de su resistencia ó disenso. Los hijos que hayan cumplido veinte y cinco años y las hijas veinte y tres podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo ni consentimiento de sus padres. 2.º En defecto del padre tiene la madre la misma autoridad; pero los hijos ó hijas adquieren la dicha libertad un año antes de la referida edad, es decir, â los veinte y cuatro el varon y á los veinte y dos la muger. 3.º A falta de padre y madre recae la autoridad en el abuelo paterno, y

(1) Pragm. sanc. de 23 de Marzo 1776.

á falta de este en el materno; pero en este caso es libre el varon á los veinte y tres, y la muger á los veinte y uno cumplidos. 4º. A falta de los referidos recae la autoridad en los tutores, y á falta de estos en los jueces del domicilio; entonces son libres los varones à los veinte y dos, y las mugeres á los veinte cumplidos (1). Aunque los padres, madres, abuelos y tutores, segun hemos dicho ya, no tengan que dar razon à los menores de las edades señaladas de las causas que tengan para disentir á sus matrimonios, no obstante los que fueren de la clase que deben solicitar el real permiso pueden recurrir à S. M. ó la Cámara, gobernador del Consejo y gefes respectivos, para que por medio de los informes que tomen, se conceda ó se niegue el permiso correspondiente para que estos matrimonios puedan tener ò no efecto: en las demas clases del estado ha de haber el mismo recurso à los presidentes de Chancillerìas y Audiencias, y al regente de la de Asturias, los cuales procederân en los propios términos.

* 109. La real cèdula para Indias de 7 de Marzo de 1783 refiriéndose á la pragmática de 1776 manda, que mediante las dificultades que pueden ocurrir para que algunos de los habitantes de América hayan de obtener el permiso de sus padres, abuelos, parientes, tutores y curadores para contraer matrimonio, no se entienda dicha pragmâtica con los mulatos, negros é individuos de castas y razas semejantes, tenidos y reputados publicamente por tales, esceptuando á los que sirvan de oficiales en la milicia, ò que se distingan de los demas por su reputacion ó buenas costumbres y servicios.

* 110. Los españoles europeos y los de otras naciones transeuntes que se hallen en Indias con legìtimas licencias, cuyos padres esten en otros reinos y provincias distantes, deben pedir á la justicia del distrito el consentimiento para contraer matrimonio en los casos en que de-

(1) Real decreto de 10 de Abril de 1803,

berian pedir el de sus ascendientes, tutores &c. Y en general, està mandado por la cédula citada que lo mismo se practique cuando los naturales de América, y los que aunque no lo sean tuviesen sus padres á tanta distancia que fuese dificil obtener su consentimiento, ò siendo precisa una notable retardacion para conseguirle.

* 111. Como por el artículo 3 de la pragmática de 1776 perdian todo derecho á suceder los que se casasen sin pedir licencia en los casos espresados se mandó para Indias por una Real órden de 26 de Mayo de 1783, que declarado por el juez ser justo y racional el disenso del padre al matrimonio, no pudiese la madre nombrar de heredero al contraventor, viviendo el padre y permaneciendo en su disenso, sino dejarle unicamente los precisos alimentos.

* 112. Pero posteriormente, por cédula de 27 de Febrero de 1793 se derogò el artìculo 3.º de la pragmàtica y se dispuso, que el no pedir licencia para el matrimonio en los casos ordenados fuese solo una causa de desheredacion; es decir que el hijo no quedaba privado del derecho del suceder si espresamente no se le exheredase. Por lo que creemos ya derogada la Real órden de 1783 de que hemos hablado.

* 113. Ultimamente por cèdula de 27 de Mayo de 1805 se dispuso para Amèrica, que sin esceptuar à los negros, mulatos y demas castas de las reglas contenidas en el Real decreto de 1803 se estendiera á los casos en que las personas de mayor edad, y conocida nobleza, ó notoria limpieza de sangre intenten casarse con alguna de las referidas castas, la facultad de que se pueda ocurrir à los Vireyes, Presidentes y Audiencias de Indias para que prévios los informes que tuvieren por conveniente tomar, se conceda ó niegue el permiso y habilitacion correspondiente segun lo que resultare, sin cuyas circunstancias no se podrán efectuar los matrimonios de personas de conocida nobleza ó notoria limpieza de sangre con las de negros, mu-

latos y demas castas aun cuando unos y otros sean de mayor eda d.

114. Las proclamas ó denunciaciones son otro requisito y solemnidad que debe preceder al matrimonio. Estas tienen por objeto hacer público el matrimonio que se ha de contraer, para que si alguno sabe algun impedimento que obste á su celebracion le denuncie al párroco. Deben hacerse en tres dias de fiesta contínuos en la Iglesia y al tiempo de la misa mayor, y siendo los contrayentes de diversas parroquias deben proclamarse en ambas (1).

115. Otra solemnidad, y que absolutamente se requiere para el valor del matrimonio, es que se celebre delante del propio párroco de alguno de los contrayentes, ò de otro sacerdote con licencia del mismo pãrroco ó del ordinario, delante de dos ó tres testigos (2).

116. Finalmente, es constante que desde los primeros siglos de la Iglesia se ha celebrado el matrimonio con algunas sagradas ceremonias y preces, que, aunque no pertenecen á su esencia, seria un crímen omitirlas. Han sido varias, segun la diversidad de tiempos y lugares. El dia de hoy conforme al Ritual Romano de Paulo V, mandado observar desde el año de 1614, despues de haber espresado los contrayentes su mútuo consentimiento con cierta fòrmula solemne que les propone el sacerdote, y certificândose de este, les manda darse las manos diestras, y les dice: *Ego vos conjungo in matrimonium &c.* Síguense despues las bendiciones nupciales, que tambien se llaman velaciones, las que recibidas surte el matrimonio todos sus efectos, asi en lo eclesiástico como en lo civil (3).

117. Veamos ahora que personas pueden contraer matrimonio. Para que este pueda verificarse se requieren la siguientes condiciones: 1.ª Que los contrayentes hayan

(1) Conc. de Trent. sess. 24. cap. 1. de Reform. Rit. Rom. de sacr. matr.

(2) Conc. de Trent. sess. 24. cap. 1. de Ref.

(3) Ritual Rom. de sacr. mart.

llegado à la pubertad, esto es, que el hombre tenga catorce años, y la muger doce. De otra suerte no se tienen por capaces para conseguir el fin del matrimonio, que es la procreacion de la prole y su conveniente educacion (1). 2.ª Que un hombre solo se case con una sola muger, y una sola muger con un solo hombre, porque segun dijimos arriba la poligamia es prohibida por todo derecho (*). 3.ª Que los hijos de familia y menores de la edad señalada no contraigan matrimonio sin el consentimiento de sus padres ò madres, abuelos ó tutores &c., respectivamente ; y si lo contrageren serán espatriados y confiscados sus bienes (2). La 4.ª condicion es que las personas no sean inhábiles por derecho, pues entre algunas se prohibe el matrimonio como *incestuoso*, entre otras como *ireligioso*, y entre otras, finalmente, como *dañoso*.

118. Es como incestuoso el matrimonio entre los parientes cercanos, ya lo sean por consanguinidad ó por afinidad. Para inteligencia de esto es necesario esplicar : 1.° que sea parentesco de consanguinidad y de afinidad : 2.° de que modo se cuentan los grados ; y 3.° hasta donde llega la prohibicion.

119. Veamos primeramente que sea parentesco de consanguinidad y de afinidad. Parentesco de consanguinidad es la union ó conexion natural que hay entre aquellas personas que descienden de una misma raiz ó tronco ; v. gr., el padre y la hija son consanguíneos, porque descienden de un tronco comun, es decir, del abuelo. El hermano y la hermana son consanguíneos, porque descienden del mismo padre ò madre (3). Parentesco de afinidad es vìnculo que se contrae por el matrimonio consumado, ò por cópula ilícita entre el hombre y los parientes de la muger, y entre la muger y los parientes del hombre. Por ejemplo los padres

(1) L. 6. al fin tít. 2. Part. 4.
(*) L. 5. tít. 1. Lib. 5. R.
(2) Real de decreto de 10. de Abril de 1803.
(3) L. 1. tit. 6. Part. 4.

de mi muger, sus hermanos y hermanas &c. son afines mios, y mis padres, hermanos y hermanas &c. son afines de mi muger; pero mi hermano, y el hermano ó hermana de mi muger, no son afines entre sì (1).

120. Síguese ahora el modo de computar los grados. Grado no es otra cosa que la distancia que hay de un pariente á otro, proveniente de las mas ò menos generaciones que median (2). Si se han de contar muchas personas que engendraron, ó que fueron engendradas, esta série se llama linea (3). Esta ó es recta ù oblicua, á que tambien llaman transversal ó colateral. Línea recta es aquella que solo comprende personas generantes ó engendradas. Oblicua es aquella que abraza otras personas. Si en la línea recta se encuentra subiendo desde la ùltima persona hasta sus progenitores, se llama de *ascendientes*, v. gr., padre, abuelo, bisabuelo, &c., Si se cuenta bajando se llama de *descendientes*, v. gr., bisabuelo, abuelo, padre, hijo, nieto, biznieto &c. La línea oblicua y transversal, ò es igual ó desigual: se llama igual cuando por ambos lados se halla igual número de personas y de grados, y desigual cuando por un lado se encuentra mayor y por otro menor número de grados y de personas. Entendidas estas definiciones, se entienden facilmente tres reglas que se dan para la computacion de grados.

121. 1.ª En la línea recta se cuentan tantos grados cuantas son las generaciones (4). Si deseo, pues, saber cuantos grados dista Ticio de Cayo, su hijo, como no encuentro mas que una generacion, concluyo que no dista mas que un grado.

122. 2.ª En la linea oblicua igual, el derecho civil cuenta ambos lados, y el derecho canónico uno solamente, es decir, que en la linea colateral igual cuantos grados dis-

(1) L. 5. tít. 6. Part. 4.
(2) L. 3. del mismo tìt.
(3) L. 2. del mismo tìt.
(4) L. 4 tìt. 6 Part. 4.

ta uno del tronco comun, otros tantos doblados dista de la otra persona con quien sea comparada; porque segun el derecho civil, cada persona hace un grado (1). No asi por derecho canònico. La razon de esta diversidad es, porque segun la computacion civil, para saber los grados que hay entre dos personas se sube al tronco desde la una, y despues se baja hasta la otra. Este es el motivo porque no hay primer grado en esta linea, que debe necesariamente empezar del segundo, por no poder verificarse subida y bajada de otra manera. Por ejemplo, los hermanos de donde comienza esta línea distan entre sì dos grados, uno de subida de ellos al padre que es el tronco comun, y el otro de bajada del mismo padre al otro hermano. Segun la computacion canònica solo se sube, y de ahí es que un hermano solo dista del otro un grado (2).

123. 3.ª En la línea transversal desigual, por derecho canónico cuantos grados dista del tronco comun, el mas remoto, tantos distan entre sí; v. gr., Ticio y Berta, hija de su hermano Sempronio, estan en segundo grado, porque de Berta á Sempronio se sube un grado; y de Sempronio à su padre, que lo es tambien de Ticio, y por lo mismo tronco comun, se sube otro (3).

124. De este modo se computan fàcilmente los grados de consanguinidad. Por lo que toca á los de afinidad se debe observar que en ella propiamente no hay grados, porque no nace de la generacion, sino del ayuntamiento carnal; pero por analogía se distinguen y cuentan del mismo modo que en la consanguinidad. La razon es, porque haciéndose como una sola persona del hombre y la muger, por el matrimonio y por la côpula carnal, es muy justo que el hombre se haga pariente de los consanguíneos de la muger, y esta de los consanguíneos del hombre en el mismo

(1) L. 3 del mismo tít.
(2) LL. 3 y 4 tít. 6 Part. 4.
(3) L. 3 tít. 6 Part. 4.

grado que lo son de cada uno ; v. gr., porque mi muger dista un solo grado de su padre, yo no disto de mi suegro sino uno solo ; y en la línea transversal la hermana de mi muger está en primer grado conmigo por derecho canónico, y en segundo por el civil (1).

125. Hasta aqui hemos visto el modo de contar los grados de parentesco : veamos ahora hasta donde se estiende la prohibicion de contraer matrimonio, ya sea con los consanguíneos, ya con los afines. Sobre este punto se establecen las reglas siguientes.

126. 1.ª *En la lìnea recta, esto es, entre los ascendientes y descendientes, està prohibido el matrimonio sin límites.* Esta regla concuerda con todos los derechos, y se dice en ella que no hay lìmites en la prohibicion, para dar á entender que se estiende à los grados mas remotos (2). La bisabuela, v, gr., no puede casarse con su biznieto, del mismo modo que ni la abuela con su nieto, ni la madre con su hijo. Para mejor inteligencia suele esta regla ilustrarse con aquel célebre ejemplo de que si Adan no hubiese violado el precepto divino de no comer del àrbol vedado, y Eva solamente le hubiese comido, y sufrido la muerte en pena de su pecado, Adan no hubiera hallado hasta el dia segunda muger, porque respecto de él todos los hombres son descendientes, aunque se hallen en grados remotísimos.

127. 2.ª *Tampoco tiene límites la prohibicion en la lìnea transversal desigual cuando hay atingencia del primer grado de la lìnea recta*, v. gr., en un tio con una sobrina en quinto ò sexto grado (3). Segun esta regla, si Abèl viviera no hallara en el dia muger con quien contraer matrimonio, porque todos los hombres nacieron de su hermano Seth y Cain, y asi es como padre de todo el linage humano.

(1) L. 5 tít. 6 Part. 4.

(2) Levìt. cap. 18 v. 7.—Clement. unic. de consang. et. affin. Conc. Trid. sess. 24 cap. 5 de Ref. matr. L. 4 tìt. 6 Part. 4.

(3) L. 4 del mismo tít. al fin,

128. 3.ª *En la linea transversal se estiende la prohibicion hasta el cuarto grado inclusive de la computacion canónica* (a), *que es la que se observa en materia de matrimonio* (1).

* 129. Por Breve de Clemente XIV. expedido en 27 de Marzo de 1770 se concedió á los RR. Arzobispos y Obispos de Indias facultad por tiempo de 20 años, para dispensar acerca de los matrimonios ya contraidos, y los que se hubiesen de contraer entre parientes de cualquier grado de consanguinidad ô afinidad.

* 130. Por otro Breve de 23 Julio de 1778 el Papa Pio VI. amplió por diez años à dichos Prelados la facultad de dispensar en tercero y segundo grado de afinidad con atingencia del primero, solo en la lìnea transversal.

* 131. Y por otro de 8 de Septiembre de 789 inserto en cédula del Consejo de Indias de 15 de Agosto de 790 para su observancia y cumplimiento en América, è Islas Filipinas, se concedió facultad à los mismos Prelados por espacio de 20 años, contados desde el dia en que espirase el concedido por Clemente XIV., para que puedan dispensar en ambos fueros con los fieles cristianos residentes en sus respectivas diocésis, á efecto de que, aunque sean parientes, ó tengan atingencia entre sí en cualesquiera grados de consanguinidad y afinidad en la lìnea transversal, puedan contraer matrimonio, ò permanecer en él, si estuviesen ya casados, aunque le hayan contraido con noticia del impedimento; pero renovando en este caso su mutuo consentimiento en presencia del parroco y del competente número de testigos; y para declarar legìtima la prole, que hubieren tenido de semejantes matrimonios.

132. 4.ª *La afinidad que nace del matrimonio consuma-*

(a) De esta regla se esceptuan los indios, à quienes el Sr. Paulo III concedió privilegio para que puedan contraer matrimonio dentro del tercero y cuarto grado de consanguinidad, y asi en ellos este impedimento solo se estiende hasta el segundo grado. Conc. Lim. 2 ses. 3 cap. 69.

(1) LL. 3 y 4 tít. 6 Part. 4.

do produce un impedimento, que se estiende á los mismos grados, y se computa del mismo modo que el de consanguinidad. Por ejemplo, en la linea recta està prohibido el matrimonio sin límites entre los ascendientes y descendientes; luego tambien lo estará con la que fué muger de un ascendiente ò descendiente. Del mismo modo en la colateral, porque està prohibido el matrimonio entre los hermanos y hermanas, lo estará tambien entre los hermanos y hermanas de la muger y del marido, y asi de los demas grados (1). Sin embargo opinan algunos autores que ningun impedimento de consanguinidad ni afinidad pasa del cuarto grado (2).

133. 5.ª *La afinidad que nace de la cópula,* fornicaria *ó de cualquier modo ilícita, no pasa del segundo grado* (3).

134. 6.ª *El matrimonio rato y no consumado, y los esponsales válidos, producen un impedimento que se llama de pública honestidad, que en aquel se estiende hasta el cuarto grado y en estos no pasa del primero* (4).

135. Hay tambien otras dos especies de parentesco que son, el espiritual y el civil. El primero trae su orìgen del derecho canònico, el segundo del civil. El parentesco espiritual es el que se contrae en los sacramentos del bautismo y de la confirmacion. Es impedimento para el matrimonio entre el bautizante y el bautizado, y el padre y madre del bautizado, y tambien entre el padrino y el bautizado y su padre y madre. El mismo impedimento, y en los términos referidos, se contrae en el sacramento de la confirmacion (5). El parentesco civil es el que nace de la adopcion, porque como esta imita á la naturaleza, son reputados los hijos adoptivos del mismo modo que los naturales. De esta suerte, asi como un padre natural no puede casarse con su hija natural, asi tampoco un padre por adop-

---

(1) L. 5 tit. 6 Part. 4.

(2) Gonzales en el cap. 5 de Cons. et. affin.

(3) Conc. Trid. sess. 24 cap. 4 de Reform.

(4) Cap. 8 de Cons. affin. Conc. Trid sess. 24 cap 3 de Ref.

(5) LL. 2 y 5 tit 7 Part. 4.

cion con su hija adoptiva (1). Este impedimento es perpetuo entre los que estan en lugar de padre, por lo que dura aun despues de disuelta la adopcion. No sucede lo mismo entre los hermanos, y asi una hija del padre adoptivo puede contraer matrimonio con el hijo adoptivo emancipado (2).

136. Hasta aqui hemos tratado de los matrimonios prohibidos como incestuosos. Como irreligiosos ò contrarios á la santidad de la religion lo son tambien los que se celebran entre personas de otra religion que la cristiana (3): con los clérigos que han recibido orden sagrado, religiosos ò religiosas profesas (4): con los que estan ya ligados con otro matrimonio (5): cuando es contraido clandestinamente, ó sin la solemnidad de la presencia del propio pàrroco, y de dos ó tres testigos (6). Finalmente, cuando intervienen los delitos de adulterio ú homicidio en cuatro casos. 1.° Cuando hay adulterio con pacto de futuro matrimonio. 2.° Cuando aunque no haya adulterio hay muerte, ò maquinacion de parte de alguno de los contrayentes con promesa de matrimonio. 3.° Cuando hay adulterio y homicidio, aunque haya ignorancia de una parte. 4.° Cuando uno de los contrayentes celebra segundo matrimonio con mala fé [7].

137. Como dañosos son prohibidos por las leyes los matrimonios en que con fundamento se sospecha que no hay la suficiente libertad para contraer, ó que verificándose, peligra la recta administracion de justicia, ò la de las rentas del fisco ó de los pupilos.

138. En estos principios se funda la prohibicion que tienen los consejos y oidores para contraer matrimonio con

(1) LL. 7. y 8 tít. 7 Part. 4.
(2) Dicha ley tít. 7 Part. 4.
(3) L. 15 tít. 2 part. 4 * esta ley aun comprende á los herejes.
(4) L. 16 del mismo tít.
(5) I ad Corin. cap. 7 v. 39 de secund. nup. Conc. Trid. sess. 24 de sac. matr. Can. 2, y ley 16 tít. 17 Part. 7.
(6) Conc. Trid. sess. 24. de Ref. matr. cap. 1. L. 1 tít. 1 lib 5 Rec
(7) L. 19 tít. 2 Part. 4.

personas que en los tribunales donde ellos residen tienen pleitos pendientes (1), y los Vireyes, Presidentes, Oidores y Fiscales de las Audiencias, oficiales reales, administradores, Tesoreros, Auditores de guerra, Gobernadores de las provincias, y los hijos de todos estos y sus asesores, con cualesquiera personas residentes en sus distritos (2). Se prohibe tambien el matrimonio del tutor, ó su hijo con la pupila, por temor de que con este pretesto se niegue á dar cuentas de la administracion de la tutela, ó se dificulte el que se le exijan con la exactitud debida (3.)

* 139. En Amèrica, los Vireyes, Presidentes, Oidores, Alcaldes del crimen, y Fiscales de las audiencias, sus hijos é hijas durante el tiempo que los padres servian estos cargos no podian casarse en sus distritos bajo la pena de quedar vacantes sus plazas. La prohibicion era tal, que por solo concertar el matrimonio de palabra ó por escrito, ó con la esperanza de obtener licencia del Rey, se incurria en la privacion de oficios. Era tambien prohibido el dar estas licencias, y no podia el consejo de Indias admitir sobre la materia memorial, ni pedimento sin hacer antes ejecutar las penas impuestas (4).

140. Hasta aquì hemos referido los matrimonios que son prohibidos por el derecho. A mas de estos hay otros que sin necesidad de prohibicion no pueden subsistir, por repugnantes á la recta razon. Esto se verifica cuando hay defectos en el consentimiento, ó en la naturaleza de los contrayentes. Del primer modo es nulo el matrimonio, ya cuando interviene error acerca de la persona con que se contrae, ó acerca de su condicion servil (5), ya cuando la muger es robada, si no es que despues de estar en lugar

(1) L. 25 tit. 4 lib. 2. Rec.

(2) L. 2 tít. 14 Par 4. Reales cèdulas de 17 de Julio y 16 de Agosto de 1773 y de 9 de Agosto de 1779.

(3) L. 6. tít. 17. Part. 7.

(4) L. 82 y siguientes tít. 16 lib. 2 Rec. de Ind.

(5) LL. 10 y 11 tit. 2 Part. 4.

seguro consienta libremente (1); y ya, en fin, cuando alguno es obligado á contrer por violencia ó miedo grave (2.) Por defecto de naturaleza no pueden contraer matrimonio los impúberes (3), si no es que la malicia supla la edad; y los que sean inhábiles para la cópula, siendo la inhabilidad perpetua (4).

141. Las penas en que incurren los que contraen matrimonio contra las prohibiciones de derecho que hemos referido son varias. La primera es la nulidad, siempre que el matrimonio es contraido con alguno de los impedimentos que se llaman dirimentes, cuales son todos los que se incluyen bajo los nombres de matrimonio incestuoso, irreligioso, ó repugnante á la razon. De aquì se sigue, que los hijos que nazcan de semejantes nupcias no son legítimos, ni están en la potestad de sus padres, sino que son espúrios. A mas de esta pena, se les impone la que corresponde, segun las leyes, al delito que cometen, como de incesto, rapto, violencia &c.

142. Los que contraen matrimonios dañosos, aunque no son castigados con la pena de nulidad, tienen la de quedar privados por el mismo hecho de los oficios y empleos que obtenian, y el tutor que casase con la pupila tiene la pena de adulterio (5).

* 143. En Buenos Aires, la Legislatura en sesion de 26 de Marzo de 1833 autorizò al Gobierno para poder dispensar los impedimentos que establecen las leyes civiles para la celebracion de matrimonios entre católicos y protestantes. Por un decreto del Gobierno (6), está mandado que los individuos de las diferentes creencias religiosas existentes en el pais, á excepcion de Religion Católica, bien sean es-

(1) L. 14 tít. 2 Part. 4 Conc. de Trent. sess. 24. de Ref. cap 6.
(2) L. 15 tìt. 2 Part. 4.
(3) L. 6. tít. 2 Part. 4.
(4) Dicha ley 6.
(5) L. 6 tít. 17 Part. 7.
(6) Decreto de 20 de Diciembre de 1833. Reg. Ofic. lib. 12 n. 12.

trangeros, ò ciudadanos que quieran contraer matrimonio entre sí deben presentarse pidiendo permiso para ello al Presidente de la Exma. Càmara de Justicia, produciendo ante él informacion de ser libres, con testigos, documentos y atestados fehacientes, debiendo actuar con el juez un escribano especial nombrado al efecto por el Gobierno; y á falta de estos comprobantes, un certificado del Consul ó Agente de su nacion, prévio el correspondiente avenimiento de los padres, tutores ó curadores de la contrayente (1). Dadas las pruebas suficientes á juicio del Magistrado, se manda publicar el pretendido matrimonio por seis dias consecutivos en los papeles pùblicos. Si á los seis dias siguientes á la última publicacion no resultare impedimento, el juez pronuncia el competente auto dando la licencia para celebrarle, cuyo testimonio manda franquear à la parte para que ocurra al eclesiastico que ha de bendecir el matrimonio debiendo el escribano concurrir á este acto para autorizarle. Los que contrajesen matrimonios sin estas formalidades quedan privados de toda accion de las que las leyes establecen à los casados, y no son oidos como tales en ningun tribunal de la provincia.

(1) Decreto de 23 Marzo de 1834.

APENDICE

DE LA

LEGITIMACION.

144. El segundo modo de adquirir la patria potestad es la legitimacion. Esta es un acto por el cual los hijos ilegìtimos se fingen nacidos de un justo matrimonio (1), y se reducen á la potestad de sus padres á manera de los legítimos. De la definicion dada se infiere, que el fundamento de la legitimacion rigorosa es una ficcion, por la cual la ley tiene por nacidos en un justo matrimonio â los que han nacido fuera de él. Se dice en ella que á manera de los legitimos son reducidos á la patria potestad, para denotar el efecto de la legitimacion. Los hijos nacidos fuera de matrimonio no estàn en la potestad de su padre, y se reputan como si en realidad no lo tuvieran, porque en derecho solo se tiene por padre aquel que demuestra el matrimonio legìtimo. De aqui proviene que los hijos ilegitimos se llaman naturales, porque segun la naturaleza tienen padre, pero no segun derecho.

145. Los modos de hacerse la legitimacion que están en prâctica son dos: el primero por subsiguiente matrimonio, y el segundo por rescripto del Príncipe. Por subsiguiente matrimonio se legitiman solamente los hijos naturales, cuando el padre que los ha tenido en alguna concubina contrae matrimonio con ella. Se requiere, pues, lo 1.º que la madre sea una muger honesta, no una ramera: 2.º que tanto el padre como la madre sean hàbiles para contraer matrimonio sin dispensa; y 3.º que lo verifiquen conforme à derecho. Puestas estas tres condiciones, resultará una legitimacion tan completa, que se equipára á la legitimidad (2).

146. De lo dicho se infiere, que son incapaces de esta

(1) Arg. de la ley 1 tít. 13. P. 4, y 1 y siguientes, tít 15 P. 4.
(2) LL. 9 y 10 tít. 8. lib 5 Rec.

especie de legitimacion: 1.º los hijos espúrios, esto es, los que han nacido de ramera ó de una muger pùblica que hace ganancia con su cuerpo: 2.º que lo son asi mismo los adulterinos ò nacidos de adulterio: 3.º los incestuosos habidos entre personas que por el parentezco de consanguinidad ò afinidad que tienen entre sí no pueden contraer matrimonio: y finalmente, los sacrìlegos habidos por clèrigos ordenados de órden sagrada, ó por religiosos profesos. La razon es, porque la legitimacion se hace fingiendo el derecho que los hijos que se legitiman fueron nacidos de matrimonio, retrotrayendo el que contraen los padres al momento en que tuvieron los hijos; y como toda ficcion supone tèrminos hàbiles, de ahì es, que no pudiendo fingirse matrimonio con una ramera al tiempo mismo que se entrega á todos, ni entre el adúltero y adúltera, ni entre los demas que hemos esceptuado, tampoco puede retrotraerse el que contraigan actualmente al tiempo del comercio ilícito, y por consiguiente que semejantes hijos no pueden ser legitimados por subsiguiente matrimonio, aun cuando sus padres lo llegasen á verificar.

147. El otro modo de legitimar es por rescripto del Príncipe. Este se consigue presentando el padre un memorial de sùplica ante la suprema potestad, pidiendo que su hijo ó hija habidos fuera de matrimonio se legitimen (1). Concediendo el Príncipe la gracia se tiene el hijo por legitimado (a). Esta especie de legitimacion se suele conceder,

---

(1) L. 4 tít. 15. Par. 4.

(a) Estas legitimaciones regularmente no se conceden gratis, sino que segun el motivo porque se solicita la gracia està señalada la cantidad con que deben servir los pretendientes. Asi está dispuesto en la Real cèdula de 21 de Diciembre de 1800, en que se aprueban diversos arbitrios propuestos por el Consejo para la estincion de vales Reales y pago de intereses. En ella, al artículo 17 se dice asi: "La legitimacion â hijo é hija que le hubieren sus padres siendo solteros para heredar y gozar, sirva con doscientos ducados de vellon cada hijo ò hija; pero si la legitimacion es solo para ejercer oficios de repúblia indistintamente, sirvan con ciento y cincuenta ducados. Y si es para oficio

no solo á los naturales, sino tambien á los espùrios, adulterinos, incestuosos y demas, ya verifiquen sus padres el matrimonio con dispensa, ya sean del todo incapaces de contraerle; pero por lo regular no tiene otro objeto que limpiar de alguna manera la mancha del orìgen criminoso, y habilitar á los hijos, ó para heredar á sus padres que no los tienen legítimos, ò para gozar de su nobleza, ó para obtener empleos y cargos de que estàn escluidos los ilegítimos (1). Asimismo solo produce habilitacion para el objeto á que se dirije la súplica, y no se estiende á mas de lo que espresa el rescripto.

148. Fuera de los modos referidos se encuentran otros en las leyes de Partida, que aunque no se practican es conveniente referir. El primero es el que las leyes romanas llamaban por ofrecimiento á la curia. Este no es otra cosa, segun dice la ley de Partida, que llevar el Padre á su hijo natural á la corte del Rey ó al consejo de la ciudad, y entregándole de su propia voluntad para su servicio, decir pù-

---

determinado, como abogado, escribano, procurador, ú otro de esta clase, queda la regulacion del servicio al juicio del referido superintendente, segun las circunstancias del pretendiente y oficio que solicite, no bajando el servicio en todo caso de cuarenta ducados" Y el artículo 25, hablando de otras legitimaciones en que hay alguna mas dificultad, dice asi: "las legitimaciones estraordinarias para heredar y gozar de la nobleza de sus padres á hijos de caballeros profesos de las órdenes, de clèrigos y de casados, sirvan con mil ducados de vellon, siendo la legitimacion para solo heredar y obtener oficios; pero comprendiendo la circunstancia de gozar de la nobleza de sus padres, con treinta mil reales, estendiendose en uno y otro caso por cada hijo ó hija que lo solicite." De estos dos artículos inferimos tres cosas: la primera que el servicio pecuniario, que siempre debe intervenir, està regulado con consideracion al impedimento que se dispensa, y al fin para que se solicita: la segunda que estas gracias siempre se contraen al oficio para que se solicita, y que no se estienden á mas que lo que se espresa; y la tercera que cada hijo ô hija necesita de ser habilitado separadamente, porque una sola legitimacion no vale para todos los hijos de un mismo padre.

(1) Real cédula de 21 de Diciembre de 1800 * para Indias véase la Real cédula de 10 de Febrero de 1795.

blicamente que es su hijo, habido de tal muger soltera, nombràndola; por cuyo acto dice quedar legitimado, si el hijo se conviene y acepta la entrega de su padre (1). Asi mismo se tienen por legitimados los hijos que se ofrecen espontáneamente á servir al Emperador, Rey, ciudad ó villa, diciendo de quien son hijos, en cuyo caso les concede la ley que hereden á sus padres ab intestato, si no tienen estos otros hijos, pues si los tienen legìtimos no se legitiman por este acto (2).

149. Otro modo de legitimar los hijos naturales, segun la ley de Partida, es por testamento, en que el padre que no los tiene legîtimos diga que quiere que Ticio y Cayo, sus hijos naturales, procreados en tal muger de estado soltera, sean sus herederos legítimos. En cuyo caso, si despues de la muerte del padre tomaren los hijos este testamento, y le presentaren al Rey pidièndole se digne confirmar la legitimacion, lo debe hacer asi, y serán habidos por legítimos, no solo para heredar los bienes de su padre, sino tambien para todo lo demas (3).

150. Igualmente se concede legitimar à los hijos por instrumento pùblico firmado por tres testigos, en que el padre diga que alguno ó algunos son hijos suyos, y que los reconoce por tales; mas para que valga esta legitimacion no ha de espresar que son hijos naturales, de donde se infiere que está fundada en presuncion de matrimonio, y que mas es prueba de ser legítimo el hijo que verdadera legitimacion (4).

151. Los efectos que produce la legitimacion cuando es completa son: 1.° Reducir los hijos naturales à la potestad de sus padres con todas las facultades que el derecho concede sobre los legítimos. 2.° Dar derecho á los hijos para suceder en los bienes de sus padres; pero en este punto se debe hacer distincion entre la legitimacion que se hace por

(1) L. 5 tít. 15 Part. 4.
(2) L. 8 tít. 15 Part. 4
(3) L. 6 tít. 15 Part. 4
(4) L. 7 del mismo tít.

subsiguiente matrimonio y la que se concede por rescripto del Principe. En el primer caso suceden indistintamente á sus padres de la misma manera que los legítimos (1) En el segundo caso, aunque el hijo sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, si despues estos tuvieron algun hijo, ú otro descendiente legìtimo ó legitimado por subsiguiente matrimonio, entonces el legitimado por rescripto no puede suceder con ellos ab intestato, ni ex-testamento, y solo habrà lo que sus padres le quisieren mandar del quinto de sus bienes, en que tienen libre disposicion; pero sí heredarán á los otros parientes, y tendrán las honras y preeminencias que corresponden á los hijos legìtimos, y todo lo demas que en el rescripto se les concede espresamente (2).

152. Por conclusion de este apéndice, es digno de advertirse que por una Real cédula, mandada insertar en los cuerpos de las leyes, está declarado que todos los espòsitos de ambos sexos, asi los que hayan sido espuestos en las casas de caridad, como los que lo fueren en otro parage, y no tengan padres conocidos, son legitimados por el Rey, y deben ser tenidos por legìtimos para todos los efectos civiles generalmente y sin escepcion (3).

(1) L. 10 tít 8 lib. 5 Rec.

(2) Dicha ley 10 del mismo tít.

(3) Real cédula de 20 de Enero de 1794. Estiéndese este privilegio para que no se impongan á los espósitos la pena de verguenza pública, ni los azotes, ni la horca, sino aquellas que en iguales casos se impondrian á personas privilegiadas.

TÍTULO XI.

DE LA ADOPCION.

153. El tercer modo de adquirir la patria potestad es la adopcion. Esta, aunque entre los romanos era muy frecuente, entre nosotros es del todo desacostumbrada. No obstante, estando vigentes las leyes en que se funda, es necesario dar una idea de su esencia, y de la forma en que se practicaba.

154. La adopcion se puede tomar, ó lata, ó estrictamente. Cuando se toma del primer modo abraza en sì dos especies, que son la *adrogacion* y la *adopcion* en especie, y cuando del segundo, se opone à la adrogacion. Tomada latamente y en general, se define la adopcion: *un acto solemne por el cual se recibe en lugar de hijo al que no lo es por naturaleza* (1). Se llama acto solemne, porque debe hacerse, ó en presencia del Rey, ó ante el juez de cualquiera lugar; se dice que por él recibe en lugar de hijo al que por naturaleza no es, para denotar el fin de la adopcion, que es dar hijos al que no los tiene; y asi, por ejemplo, Moisés por la naturaleza no era hijo de la hija de Faraon, pero verificada la adopcion comenzò á serlo.

155. De esta definicion se deduce un axioma que tiene lugar en todo el tìtulo. *La adopcion imita â la naturaleza.* El sentido es, que todo aquel que por la naturaleza no puede ser padre ô hijo, tampoco lo puede ser por la adopcion. El hijo por la naturaleza no puede ser de mayor edad que su padre; luego ni por la adopcion puede uno, que es de mas edad que otro, hacerse su hijo (†).

156. De lo dicho se infiere claramente que no pueden adoptar: 1.° Los castrados ò eunucos, si no es que su inhabilidad prevenga, no de la naturaleza, sino de la malicia de los hombres, ò de enfermedad, ó de caso fortuito (2). 2.° Los impúberes, ó que no hayan llegado á la edad de

(1) L. 7 tít. 7., y ley 1 tít. 16 Part. 4.
(†) L. 2 tít. 22 lib 4 Fuero Real y L. 2 tít. 16 part. 4.
(2) L. 3 tít. 16. Part. 4.

catorce años (1). 3.° Las mugeres, porque no son capaces de la patria potestad que se consigue por la adopcion ; pero por privilegio se suele conceder el que adopten, habiendo perdido algun hijo en servicio del Rey (2). Ultimamente, el que no esceda diez y ocho años al que quiera adoptar (3).

157. Hasta aqui hemos tratado de la adopcion en general. En este sentido se divide en adrogacion, y en adopcion estrictamente tomada. Estas dos especies se diferencian en dos maneras. En el sugeto, porque el de la adrogacion es el hombre libre de toda potestad, y el de la adopcion es el hijo de familia sujeto à la potestad de su padre. En la forma ò modo, porque la adrogacion se hace por rescripto del Prìncipe, y la adopcion con autoridad del juez, el cual estando presente, si el padre natural declara que da su hijo en adopcion á otro, y el adoptante dice que le recibe por hijo, està concluido el negocio (4).

158. Segun estos principios la adrogacion se define: *un acto por el cual un hombre que goza de la libre disposicion de su persona se reduce á la patria potestad de otro por autoridad del sumo Imperante* (5). De la naturaleza de la adrogacion que hemos esplicado venimos en conocimiento que por ella se padece la mínima diminucion de cabeza, haciéndose el adrogado hijo de familia, y perdiendo los derechos de hombre libre de toda potestad ; y como á ninguno se puede privar de sus derechos contra su voluntad, se infiere: lo 1.° que es necesario el consentimiento del adrogado : 2.° que prestado este, pasa con todos sus bienes à la potestad y dominio del adrogante ; y 3.° que el infante no puede ser adrogado, porque no es capaz de consentir (6). Y aunque casi lo mismo se verifica en todos los

(1) L 2 del mismo tìt.
(2) Dicha ley 2 tìt. 16 Part. 4.
(3) La misma ley 2.
(4) L. 7 tít. 7 Part. 4. * L. 1 tít. 16 P. 4 y L. 92 tít. 18 Part. 3.
(5) Dicha ley 7
(6) L. 4 tít. 16 Part. 4.

que no han llegado á la pubertad, no obstante, se permite el que puedan ser adrogados con las siguientes condiciones: 1.ª Conocimiento de causa, y que de esta resulte ser útil al pupilo la adrogacion, es decir, que debe preceder investigacion de las cualidades y circunstancias del adrogante, y del provecho que se seguirá al adrogado: 2.ª que se obligue el adrogante á restituir los bienes del mozo á sus legítimos herederos si muere antes de los catorce años; y 3.ª que se haga la adrogacion con otorgamiento del Rey (1)(*).

159. El efecto que produce la adrogacion es reducir al adrogado à la patria potestad del adrogante, y no teniendo este hijos legìtimos, darle derecho en la herencia en los mismos términos que le tienen aquellos. Y si el adrogante emancipase sin justa causa, ò exheredase al hijo adrogado, està obligado á devolverle todos los bienes con que entrô en su poder, y todo lo que haya adquirido de nuevo, menos el usufructo que percibió por la administracion de dichos bienes, y ademas debe darle la cuarta parte de cuanto hubiere de suyo (2).

160. Pasemos ya á la adopcion propiamente dicha: esta se define: *un acto por el cual se reciben por hijos con autoridad judicial aquellos que estan en la potestad de sus padres naturales* (3). Segun esta definicion pueden ser adoptados cualesquiera hijos que esten en poder de sus padres, consintiéndolo estos. Para que sea vâlida es suficiente que tanto el padre natural como el adoptivo se presenten á cualquier juez, y digan que el uno quiere dar y el otro recibir en adopcion á aquel niño, y que se les dé el do-

---

(1) L. 6 tít. 16 Part. 4.

(*) En Buenos Aires, el Gobierno ha concedido facultad de adrogar à un menor espósito de tres años despues de las informaciones correspondientes, supliendo su consentimiento el Defensor de menores, y con el cargo de ratificarle el adrogado llegando á la edad designada por la ley. De este modo sin derogar la disposicion de la ley 4. citada, se consigue que un menor aun antes de los 7 años pueda obtener todos los beneficios de la adrògacion.

(2) Ll. 7 y 8 del mismo tít. y Part.

(3) Ll. 7 tít. 7, 9 y 10 tìt. 16 Part. 4.

cumento que corresponde para constancia de aquel acto (1).

161. Para conocer cuando esta especie de adopcion produce el efecto de reducir al adoptado à la potestad del adoptante, es menester distinguir dos casos que se hallan espresos en derecho. El primero es cuando la adopcion es hecha por alguno de los ascendientes del mozo, v. gr., por el abuelo paterno ó materno; y el segundo cuando es hecha por algun estraño. En el primer caso, esto es, cuando alguno de los ascendientes adopta, adquiere patria potestad en el adoptado, por lo que semejante adopcion se llama comunmente plena y perfecta. (2) En el segundo cuando un estraño, ó aunque sea pariente, no siendo de los ascendientes, recibe á otro en adopcion no se transfiere á el la patria potestad, sino que permanece en su padre natural, y el adoptado en este caso mas es alumno que hijo; por lo que esta adopcion se llama imperfecta y menos plena (*). Se podria juzgar que esta adopcion imperfecta no produce efecto, supuesto que por ella no se adquiere patria potestad; pero en realidad no deja de producir alguno. El adoptivo, aunque no entre â la potestad del adoptante, tiene derecho á sucederle ab-intestato, no teniendo hijos legítimos (3); pero si hiciere testamento no hay inconveniente en que instituya por heredero à quien quisiere, por no ser el adoptado de que hablamos heredero forzoso en testamento.

162. Esto es lo principal que hay que decir sobre la adopcion que se usaba antiguamente, y que á fuerza de querer imitar servilmente à la naturaleza, dejó de producir todas las ventajas que de otra suerte se podian esperar de ella. En su lugar se ha ido introduciendo con autoridad de las leyes otra especie de adopcion mas ùtil â la humanidad, y mas digna de la despreocupacion que es consiguiente á la ilustracion de nuestro siglo.

(1) L 91 tít. 18 Part. 3. * L. 7 tìt. 7 P. 4 y L. 1 tít. 16 P.

(2) LL. 9 y 10 tít 16 Part. 4.

(*) LL. 7, 8 y 9 tít. 16. Part. 4.

(3) LL. 5 tit. 6 lib. 3., 1 y 5 tít. 22 lib. 4 del Fuero Real, y 1 tít, 5 Rec.

163. Tal es la que se verifica en los espòsitos, que son aquellos niños ò niñas que han sido echados por sus padres ó por otras personas â las puertas de las Iglesias, de las casas y otros parages pûblicos, ò por no tener con que criarlos, ó por ocultar de quien son hijos. La situacion tan miserable en que se hallaban semejantes niños, aun en las ciudades en que habia casas de caridad ó inclusas para cuidar de ellos, y los muchachos que morian de necesidad, movió el paternal corazon de uno de los monarcas de España para que tomase las providencias mas oportunas y eficaces á favor de los espòsitos, cuidando de sus vidas y de su decente y honesto destino, para que fuesen útiles en lo sucesivo (1).

164. Estos pueden ser adoptados ó prohijados por cualquiera persona, con tal que sea decente y honesta, y de quien se pueda esperar lo que se desea, y es que se les dè buena educacion y destino. No es, pues, impedimento el que el adoptante no sea capaz de engendrar, ni se pone reparo en que sea hombre ó muger, casado ò soltero; y como en ella no se tiene mas objeto que el bien de la humanidad, no se exijen solemnidades algunas. Basta para hacerla que el vecino á cuyas puertas fuere espuesta alguna criatura, la manifieste al párroco de donde sea feligrés, espresando que quiere quedarse con ella para criarla por caridad, y el mismo párroco debe darle la licencia por escrito, siendo el tal vecino persona de buenas costumbres y de familia honesta, y teniendo algunas facultades por las cuales se haga juicio que el espòsito será bien educado (2). Si el espòsito que se quiere adoptar fuere sacado de algunas de las casas de caridad, la licencia deberá ser dada por el rector ò admiministrador de ella. (3)

165. Aunque en los adoptados de esta manera no tienen los que los han criado patria potestad, ni derecho para exi-

(1) Real cédula de 11 de Diciembre de 1796 y de 6 de Marzo de 1790.

(2) Di ha Real cédula de 11 de Diciembre de 1796, art. 12. 17. y 19.

(3) Real cedula de 2 Junio de 1788.

jir de ellos cosa alguna (1), no obstante, conforme á nuestra leyes debe el que recibiò tan gran beneficio honrar y reverenciar de todas maneras al que le criò, lo mismo que si fuese su padre natural; y se le prohibe con pena de muerte acusarle, ò hacer cosa por la cual le resulte daño grave en su vida ó en sus bienes, sino es que fuese por el bien del Rey ò de la república (2).

166. Finalmente, de esta especie de adopcion son capaces, no solo los infantes ò recien nacidos, sino tambien los mayores de la infancia, siempre que esten en edad de ser educados, y carezcan de los auxilios que son necesarios para lograr la conveniente educacion (3).

(1) LL. 3 tít. 20. Part. 4., y 35. tít. 14. Part. 5

(2) L. 3 tít. 20. Part. 4

(3) Real cédula de 11 de Diciembre de 1796.

TÌTULO XII.

DE LOS MODOS POR QUE SE DISUELVE LA PATRIA POTESTAD.

167. Despues de haber tratado de los modos de adquirir la patria potestad, parece muy conveniente que se trate de los modos por que se acaba ò disuelve.

168. El 1.° es la muerte natural, porque esta es la disolucion de todos los vìnculos que tenia el hombre en este mundo, y despues de ella nada le queda propio (1).

169. El 2.° es la muerte civil, que en derecho està equiparada à la natural. Esta, segun el derecho novísimo, solo se padece cuando alguno es desterrado perpetuamente del reino, y le son confiscados todos sus bienes (2); pero no cuando es condenado á servir en los arsenales ó en otras obras pùblicas, por estar mandado que no puedan los tribunales destinar à reclusion perpetua ni por mas tiempo que el de diez años en dichos arsenales á reo alguno (3). Por esta razon; asi estos, como todos los desterrados por tiempo cierto, no pierden la patria potestad, pudiendo á su vuelta recobrarla en los términos que la tenian antes (4).

170. Otra especie de muerte civil es el estado religioso, por el cual los que le profesan dejan todas las cosas del mundo, y se tienen por muertos en él (5). Segun esto no se puede dudar que aquel que hiciere profesion en alguna religion aprobada sale por el mismo hecho de la potestad de su padre, y queda del todo sujeto á los superiores de su órden, à quienes promete obediencia.

171. El 3.er modo de disolver la patria potestad es por dignidad à que sea promovido el hijo. De estas se enumeran doce en las leyes de Partida, tomadas del derecho ro-

(1) L. 1 tít. 18. Part. 4.

(2) L. 2 tít. 18. Part. 4.

(3) L. 13. tit. 24 lib. 8 Rec.

(4) Veas todo el tìt. 16. de este libro.

(5) LL. 1 y 8 tìt. 7 Part. 1.

mano, las que (à escepcion de las de obispo, tesorero y consejero) no se conocen en el dia; pero de las que se mencionan se infiere, que saldrán de la potestad de sus padres todos aquellos á quienes el Rey promoviere á algun oficio que tenga aneja jurisdiccion ò recaudacion de sus rentas, porque habilitàndolos para estos cargos parece les quiso librar de otra sujecion, segun la ley 7.ª y siguientes del tìtulo 18, Part. 4.ª

172. 4.º Salen tambien los hijos de la potestad de sus padres por la emancipacion. Segun nuestro derecho (1) se hace esta compareciendo el padre y el hijo ante el juez ordinario del lugar de su residencia, diciendo el padre en su presencia que aparta al hijo de su poder, y que le da facultad para que se maneje por sì, contratando y compareciendo en juicio cuando le sea necesario sin su autoridad paterna. El hijo debe aceptar espresamente esta dimision; pero el juez no puede declarar echa la emancipacion sin dar primero cuenta al supremo Consejo, con el espediente instruido sobre justificacion de las causas, y de otra suerte no valdrá (2).

173. Si el hijo fuere menor de siete años solo puede ser emancipado por rescripto del Príncipe (3), en cuyo caso no se necesita de su consentimiento (a).

174. 5.º Otro modo de disolverse la patria potestad es el matrimonio contraido por el hijo con todas sus solemnidades, y con las bendiciones nupciales, porque en este

(1) LL. 15. y 17 tit. 18. Part. 4.

(2) Auto acordado 20. tit. 9 lib. 3 Rec.

(3) L. 16. tit. 18. Part. 4.

(a) Por real cédula de 27 de Octubre de 1800 està prevenido, para detener el abuso de emancipar à los hijos para que manejándose por sì gocen de la exencion del servicio militar que les concede el articulo 13, que la emancipacion para que exima del sorteo ha de recaer en hijo de veinte y cinco años de edad cumplidos, y que ha de ser aprobada por el Consejo, donde no se darà despacho de aprobacion sin que conste de dicha circunstancia, guardàndose todo lo demas que en ejecucion del auto acordado 20. tit. 9 lib. 3 de la Recopilacion se acostumbra pràcticar.

caso, conforme á nuestro derecho, se tiene por emancipado (1), y le pertenece desde luego todo el usufructo de sus bienes adventicios, que le debe entregar su padre (2). Pero esta entrega no se ha de verificar, sino es que el hijo tenga la edad de diez y ocho años cumplidos, porque hasta entonces no puede administrar sus bienes, ni los de su muger (3).

175. 6.° Finalmente, pierden los padres la patria potestad y todos los derechos que tenian en sus hijos por el hecho de esponerlos, sin que se le conceda accion para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar aunque ofrezcan pagar los gastos que se hayan hecho en su crianza, sino es que puedan probar que el motivo de la esposicion del hijo fué una necesidad estrema (4). La pierden tambien por el mismo hecho contrayendo matrimonio con parienta dentro del cuarto grado, ó con muger religiosa profesa (5).

176. Aunque por lo comun no puede ser obligado el padre á emancipar al hijo, porque la patria potestad, à manera del dominio, no se pierde sino por la enagenacion ó abdicacion voluntaria, no obstante, esta regla padece algunas escepciones. 1.ª Si el padre castiga al hijo cruelmente, y sin aquella piedad y amor que es natural: 2.ª cuando obligase à sus hijas á prostituirse: 3.ª cuando admite algun legado que se le dejó con la condicion de emancipar al hijo; y 4.ª cuando consume y mal gasta los bienes de su entenado que hubiese adoptado con aquella especie de adopcion que se llama adrogacion (6).

(1) L. 8 tit. 1 lib. 5 Rec.
(2) L. 9 tit. 1 lib. 5 Rec.
(3) L. 14. del mismo tit. y lib.
(4) Real cédula de 11 de Diciembre de 1796, art. 25. y 26.
(5) L. 6 tit. 18. Part. 4.
(6) L. 18. tit. 18. Part. 4.

TÌTULO XIII.

DE LA TUTELA EN GENERAL.

177. Segun la division que dejamos hecha arriba, los hombres que no estan sugetos á potestad dominica ni patria pueden estar en tutela ó curatela, ó gozar del todo de la libre disposicion de su persona y de sus bienes. Síguese pues tratar en este título y los siguientes de la tutela y sus especies.

178. No se puede dudar que la tutela trae su orígen del derecho natural y de gentes, si consideramos que es de la mayor importancia para toda sociedad humana que sean gobernados y defendidos por otro aquellos que por sì mismos no son capaces de dirigir sus acciones ni de defenderse. Los griegos, los romanos, y todas las naciones guiadas solamente de la recta razon, cuidaron siempre de dar tutores á todos aquellos que necesitaban de direccion y defensa. Conforme á estos principios, nuestro derecho desde sus leyes mas antiguas (1) estableció que se den tutores á los impùberes ò pupilos que no han llegado á la edad de catorce años, y curadores à los menores de veinte y cinco. Porque siendo por lo comun hasta esa edad el juicio de los hombres tan escaso y sus pasiones tan violentas, era muy fácil que fuesen engañados: que se precipitasen en los vicios, y que malgastasen y perdiesen sus bienes.

179. Por tutela entendemos, la *fuerza y autoridad que concede el derecho sobre los mozos libres de toda potestad, para educarlos en lugar de sus padres y administrarles sus bienes mientras que ellos son capaces de hacerlo* (2). De la definicion nace este axioma: *la tutela es un cargo pùblico*. No se debe entender por esto, que la tutela sea un oficio público ô concegil, pues el tutor ni administra alguna par-

(1) Véase el tít. 3 lib. 4 del Fuero Juzgo, tit. 7 lib. 3 del Fuero Real' y tit. 16 Párt. 6 * y lib. 5 tit. 4 Fuero viejo.

(2) L. 1 tit. 16. Part. 6.

te de la república, ni goza honor ò dignidad, ni se constituye persona pública sino que permanece persona privada. Pero decimos que la tutela es un cargo pùblico, porque es una ocupacion ó carga que estan obligados á desempeñar todos los ciudadanos por autoridad y mandato público. Imponiéndose, pues, á los tutores esta carga por las leyes y por los magistrados, y debiendo aceptarla siempre que no tengan una escusa legítima, con razon se llama cargo público.

180. Del axioma establecido se deducen dos conclusiones. 1.ª Que los hijos de familia pueden ser nombrados tutores (1). La razon es, porque en los cargos públicos, cual es la tutela, se tienen por padres de familia. 2.ª Que ni los siervos, ni las mugeres pueden ser tutores (2). No los siervos, porque no siendo ciudadanos, no son capaces de egercer un cargo, para el cual es necesario ser persona, ô tener cabeza en la repûblica. No las mugeres, porque asi por el decoro de su sexo, como por la debilidad de su juicio, les estan prohibidos los cargos pùblicos. (*) Pero esta regla admite una escepcion; porque nuestro derecho establece, que no solamente sean admitidas á la tutela la madre y la abuela, sino que sean preferidas á todos los demas parientes (3). La razon que ha motivado esta escepcion es el singular amor que suelen tener á sus hijos y nietos la madre y la abuela, el que las pone á cubierto de toda sospecha de mala administracion, por lo menos con dolo. Pero aun estas mugeres no deben ser tutoras, sino es que renuncien las segundas nupcias, y el privilegio concedido á todas las de su sexo, de no quedar obligadas á otro por fianzas (4).

181. Hemos visto ya quienes pueden ser tutores: síguese ahora investigar en que casos se les impide, ó se les suspende la administracion. Esto lo debemos juzgar por el fin de

(1) Arg. de la ley 4 tit. 16. Part. 6.
(2) LL. 4 y 7 ti 16. Part. 6.
(*) Arg. de la L. 4 tit. 4 Part. 3.
(3) L. 4 tit. 16 Part. 6.
(4) L. 4. tit. 16. Part. 4.

la tutela, que es el de que el tutor eduque al pupilo y administre sus bienes mientras que se hace capaz de verificarlo por si. De aqui se infiere, que todos aquellos que no son capaces de desempeñar estos cargos no pueden ser tutores. Tales son: 1.° Los menores de veinte y cinco años, porque estando ellos bajo de curatela, no se juzgan hábiles para cuidar de otros (1). 2.° Los furiosos y mentecatos, que por carecer de juicio son incapaces de toda administracion. (2). 3.° Los sordos y mudos, porque estos dos impedimentos cuando se juntan en un mismo sugeto producen el mismo efecto que la insensatez (3). Pero aunque todo esto es verdad, no obstante, se debe hacer distincion entre tutela testamentaria, legítima y dativa. Si los tutores dados en testamento son menores de edad ó furiosos, ó sordos ó mudos, por ninguno de estos impedimentos se anula el nombramiento, sino que se les suspende el egercicio, esto es, permanecen tutores; pero no se les concede la administracion de la tutela. En este caso, pues, se les nombra curador, el cual egerce el cargo mientras que los nombrados llegan à la mayor edad, ò recobran el juicio, ò la facultad de oir ò de hablar (4). Pero si el tutor legítimo ó dativo es menor, ó furioso ò sordo y mudo, no vale su nombramiento; y si despues de haber comenzado à egercer el cargo contrae alguno de los mencionados impedimentos, al instante se acaba la tutela, y se nombra otro tutor al pupilo.

182. Segun la definicion de la tutela, se deben dar tutores á los mozos libres que necesitan de educacion, y que son incapaces de administrar sus bienes. De aqui, pues, nacen tres conclusiones. 1.ª El tutor se da primariamente para la persona, no para las cosas. (5); y en esto se diferencia del curador, que principalmente se da para los bienes y no pa-

(1) L. 4 tit. 16 Part. 4.
(2) Dicha ley 4.
(3) La misma ley 4.
(4) Arg. de las leyes 7 y 8 tit. 16 Part. 6.
(5) L. 1 tit. 16. Part. 6.

ra la persona. No obstante, secundariamente pertenece al tutor la administracion de los bienes del pupilo. 2.º Al que tiene padre no se le da tutor (1). La razon es, porque mientras vive el padre el hijo tiene quien lo eduque y guarde; tambien porque en todo ese tiempo el hijo está en su potestad, y asi no es del todo libre. 3.º Al siervo no se da tutor (2). Esta conclusion tiene una razon semejante. El siervo está en la potestad domìnica, y asi no es pupilo libre; luego no puede tener tutor.

183. La tutela, segun hemos insinuado ya, es de tres maneras: testamentaria cuando el padre da tutor á sus hijos en su testamento: legìtima cuando reciben la tutela aquellas personas que son llamadas por la ley, cuales son los consanguíneos mas cercanos del pupilo; y dativa cuando el juez nombra el tutor por falta de unos y otros (3). De aqui se infiere, que los testamentarios son llamados á la tutela por el testador, los legitimos por la ley y los dativos por el magistrado. Entre estas especies de tutela se guarda este órden. En primer lugar entran los tutores testamentarios; de suerte que habiéndolos no se admiten los legìtimos; (*) y por falta de una y otra tutela el juez nombra tutor (†).

184. El fundamento de esta division está tomado de la semejanza que hay en derecho entre la tutela y la herencia, porque asi como el heredero instituido en testamento escluye á todos los demas, asi el tutor testamentario. Asi como cuando no hay heredero suceden los herederos legìtimos, de la misma manera faltando el tutor testamentario son llamados los legítimos. Finalmente, asi como cuando no hay heredero alguno, ni testamentario, ni legítimo, sucede el fisco, asi en falta de las otras dos especies de tutores nombra el juez. Este es el fundamento en que estriba esta division, y de cada una de estas especies de tutela se tratarà en título separado.

(1) Dicha ley 1 al princip.
(2) La misma ley.
(3) L. 2 tit. 16 Part. 6.
(*) L. 9 tit. cit.
(†) L. 12. tit. cit.

TÌTULO XIV.

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA.

185. La primera especie de tutela es la testamentaria, que es la que da el padre en su testamento á los hijos que estan en su potestad (1). El fundamento, pues, de esta tutela no es otro que la patria potestad. De aqui se infiere que solo aquel que tiene á sus hijos en su potestad puede darles tutor. De este principio se deduce facilmente la razon: 1.ª porque la madre, la abuela y otras personas estrañas no pueden dar tutor en su testamento, y es, por que solo el padre tiene á los hijos en su potestad, y no la madre ni la abuela, y mucho menos otras personas estrañas. Asi mismo 2.ª porque aun el padre carece de esta facultad para con los hijos emancipados, porque los emancipados estan ya fuera de la patria potestad: 3.ª porque puede darse tutor en testamento aun à los hijos desheredados, porque la desheredacion priva de la herencia, pero no es modo de disolverse la patria potestad. Se podria objetar á esto que el desheredado no necesita de tutor estando privado de la herencia que habia de administrar el tutor; pero la respuesta es clara. Segun hemos dicho antes el tutor se da primeramente para la persona; y asi, aunque nada tuviese el pupilo, puede dársele tutor; fuera de que el desheredado puede tener otros bienes heredados de la madre ó de sus parientes: 4.ª porque se puede dar tutor en testamento aun á los pòstumos que por no haber todavia nacido no estan realmente en la patria potestad (2), porque siempre que se trata de la comodidad de los pôstumos se tienen por ya nacidos (3); luego tambien deben reputarse por hijos que estan en la potestad de sus padres, y por consiguiente puede darles tutor.

---

(1) LL. 2 y 3 tit. 16. Part. 6.
(2) L. 3 tit. 16. Part. 6.
(3) L. 3 tit. 23. Part. 4.

186. Pueden ser dados tutores en testamento todos aquellos que son capaces de ejercer los cargos públicos, v. gr., los siervos, dándoles libertad, y los hijos de familia, pero no los obispos ni religiosos. (*) Los clerigos de órden sacro pueden ser legìtimos, (†) pero no testamentarios, como tampoco las mugeres. Sobre esto es digno de notarse que mas facultades conceden las leyes al padre que nombra tutor en su testamento, que al juez que le da de oficio. El juez no puede dar por tutor á un loco, á un menor, à un sordo y mudo, porque semejante nombramiento seria nulo; pero vale el que un testador haga en cualesquiera de estas personas que tienen actual impedimento para ejercer la tutela. Porque aunque inmediatamente que son nombrados no administren, sino que se dé curador al pupilo por el juez, no obstante es válido su nombramiento, y se les debe conceder la administracion luego que llegan á la mayor edad, ò recobran el juicio, ò el oido y habla.

187. Puede tambien el testador nombrar tutor á sus hijos puramente, bajo de condicion, desde cierto dia, y para tiempo cierto (1), lo que tampoco puede hacer el juez, que siempre lo debe dar puramente conforme á la prâctica de España. La razon es, porque el defecto que resulte del nombramiento del padre puede ser suplido por el juez; pero el de éste nadie le puede suplir, y asi quedaria tal vez desamparado el pupilo por mucho tiempo (2). Pero no puede el padre dar por tutor á una persona incierta, porque no se puede suponer confianza en una persona desconocida del testador; y asi si se nombrase tutor á uno, cuyo nombre es comun á dos, no habiendo pruebas ciertas de cual de ellos es de quien hablò el testador, ninguno de los dos será tutor (3).

188. Resta tratar de la confirmacion de los tutores, que se acostumbra hacer por el magistrado. Pero hay bas-

(*) L. 14. tit. cit.

(†) L. cit.

(1) L. 8 tit. 16. Part. 6.

(2) Feb. tom. 1. pag. 150 n. 13.

(3) L. 7 al fin, tit. 16 Part. 6.

tante diferencia entre la confirmacion de que hablan las leyes y la que se usa al presente. En el dia de hoy todos los tutores se confirman por el juez, sino es que el testador les confiera facultad de administrar sin dicha confirmacion (1). Segun la ley de Partida solo los testamentarios, y estos no todos, sino algunos (2). Conforme á la práctica del dia se confirman ó se les discierne el cargo, aun à los que estan legitimamente nombrados tutores, por derecho solamente á aquellos que han sido dados viciosamente en testamento. De aqui se deduce que, hablando en rigor de derecho, la confirmacion es *un acto por el cual el juez confirma y aprueba el tutor testamentario dado viciosamente*. Es necesaria, pues, la confirmacion judicial, à la que nuestros prácticos llaman *discernimiento del cargo*, siempre que hay vicio en el nombramiento del tutor testamentario. Este vicio ó defecto, ó está en el testador mismo, ó en el modo de dar el tutor. Estará en el testador siempre que lo dé el que no tenga patria potestad en los hijos, v. gr., la madre ó el abuelo, supuesto que el fundamento de esta tutela es la patria potestad (*); luego el que da tutor á unos pupilos que no estan en su potestad le da viciosamente. En el modo de dar el tutor hay vicio si no le nombra en testamento ó codicilo. En ambos casos el nombramiento de tutor debia ser nulo; mas en atencion á la insigne confianza que se infiere tener el testador de la persona nombrada, ha parecido conveniente que semejantes tutores sean confirmados por el juez, y que de este modo se subsane el defecto de su nombramiento (3).

139. Se puede hacer la confirmacion de dos maneras, ó sin inquisicion ó con ella. Sin inquisicion se hace si el padre da tutor en su testamento, pero viciosamente, lo que puede acontecer de tres maneras. 1.ª Si diò tutor al hijo

(1) Feb. lug. cit. n. 7.
(2) L. 8 tit. 16 Part. 6.
(*) L. 6 tit. cit.
(3) L. 8 tit. 16 Part. 6.

emancipado. 2.ª Si le dió à su hijo natural, pues en uno y otro caso carece de patria potestad. 3.ª Si le dió en testamento imperfecto, ó en otra disposicion ilegítima. En estos casos debe ser confirmado el tutor por el juez sin inquisicion, porque siempre se presume que el padre ha procurado el mayor bien de sus hijos, sino es que hubiere causas que impidan la confirmacion. Por el contrario, con inquisicion son confirmados los tutores en estos casos: 1.º Si la madre da tutor à sus hijos, á quienes instituye por herederos. 2.º Si el padre le da á sus hijos naturales no instituidos por herederos. 3.º Si un estraño da tutor á un pupilo à quien deja su herencia (1). En todos estos casos, no hay facultad en el testador para el nombramiento de tutor por falta de patria potestad: no obstante el juez le confirma, pero con inquisicion. Esta se reduce â investigar: 1.º Si será ùtil al pupilo esta tutela. 2.º Si el tutor es hombre bueno ó malo. 3.º Si es amigo ò enemigo del pupilo &c.

(1) LL. 6 y 8 tit. 16 Part. 6.

TÌTULO XV.

DE LA TUTELA LEGITIMA.

190. La segunda especie de tutela es la *legítima.* Se llama asi, porque estos tutores no son nombrados por el testador ni por el juez, sino que la misma ley los llama á la tutela. Esta es de cuatro maneras: 1.ª La de los parientes inmediatos, de que se trata en este tìtulo, 2.ª La de los patronos para con sus libertos, en el diez y siete. 3.ª La del padre para con su hijo emancipado antes de la pubertad, en el diez y ocho. 4.ª La del hermano para con su hermano emancipado y menor de catorce años. Estas tres ùltimas especies en el dia de hoy casi estan sin uso. La primera es bastante usada por lo que se debe tratar con mas estension.

191. Tiene lugar esta tutela legítima cuando el padre muere intestado, porque es regla general que *habiendo tutor testamentario no se admiten los legìtimos.* Solo, pües, son admitidos cuando el padre del pupilo muere intestado (1) Se dice morir el padre intestado no solo cuando del todo no hizo testamento, sino tambien cuando aunque le haya hecho nada dispuso á cerca de la tutela. En los dos casos referidos tiene lugar la tutela legítima. La razon porque habiendo tutor testamentario es escluido el legìtimo se deduce del principio que hemos esplicado arriba. La tutela es semejante en derecho á la herencia; luego asi como faltando heredero instituido en el testamento sucede el legítimo, asi no habiendo tutor testamentario el pariente mas cercano, á que llamamos legítimo, recibe la tutela.

192. El fundamento de esta tutela se deduce bien claramente de lo dicho. Equiparándose en derecho la tutela á la herencia, formaron los jurisconsultos este axioma: *á donde corresponde el provecho de la herencia, alli mismo debe ir*

---

(1) L. tit. 16 Part. 6.

la carga de la tutela. Esta regla casi con las mismas palabras se halla en la ley 10, tít. 16, Part. 6.ª Ahora, pues, llamando la ley à los parientes mas cercanos al provecho ó utilidad de la herencia, es muy justo que los mismos sean llamados al cargo de la tutela.

193. De este axioma inferimos que deben ser tutores legítimos del pupilo, que no le tiene testamentario, sus parientes consanguineos mas cercanos por ambas lineas (1); y habiendo muchos en igual grado lo serán todos (2). Pero en este caso para evitar los disturbios que pueden nacer entre ellos deben elegir entre sì quien ha de egercer la tutela ; y no concordando puede el juez nombrar al que estime mas idòneo y de mayor seguridad, y solo este será tutor en efecto, y los demas se tendrân por honorarios (3). Si el pupilo tiene madre la pertenece ante todos la tutela, y si no la quiere, á la abuela (4), y en defecto de ambas deben entrar los parientes como se ha dicho.

( ) LL 9 tít. 16 Part. 6, y 2 tít. 7 lib. 3 del Fuero Real.
(2) Dicha ley 9.
(3) L. 11 tít. 16 Part. 6.
(4) L. 9 del mismo tít.



TÌTULO XVI.

CUANDO PIERDEN LOS PARIENTES EL DERECHO A LA TUTELA POR LA PERDIDA DEL ESTADO O DE LA CABEZA.

194. Entre los romanos se llamaba *cabeza* todo aquel cuyo nombre se escribia en las tablas del censo ó padron general de la repúblıca. Mas como en ellas no se escribian sino los hombres libres, los ciudadanos y los padres de familia, de aqui dimanó que lo mismo fuera tener cabeza que gozar de algunos de los estados de libertad, de ciudad ó de familia. Cualquiera, pues, que no tiene alguno de estos se dice en derecho que no tiene cabeza, v. gr., el siervo. Aquel que tuvo los tres y los perdiò todos ó alguno de ellos se dice que *perdió la cabeza* : *capite minuit* (1).

195. Con lo dicho se entiende facilmente esta definicion: pérdida de cabeza no es otra cosa que *la mutacion del estado que se tenia en la repùblica* (2); luego cuando alguno de hombre libre pasa à ser siervo, de ciudadano à peregrino, ó de padre de familias á hijo, hay pèrdida de cabeza; y no al contrario si de siervo pasa á libre, de peregrino á ciudadano, y de hijo á padre de familias. Siendo, pues, de tres maneras la cabeza ò el estado, de libertad, de ciudad y de familia, tambien es de tres maneras la pérdida de cabeza, *màxima, media y mínima.* La máxima es por la que se pierde la libertad, y por consiguiente los derechos de ciudad y de familia, porque cuando alguno es hecho siervo, necesariamente deja de ser ciudadano y padre de familias. Media es por la que se pierde el derecho de ciudad: el que padece esta mutacion queda en realidad hombre libre; pero se hace estrangero y deja de ser padre de familias. Mìnima es por la que se pierden los derechos de pa-

(1) L. 18. tít. I. Part. 6.
(2) Dicha ley 18.

dre de familias, no obstante que se conservan los de la libertad y de ciudad (1). En una palabra, la máxima se opone al estado de libertad, la media al estado de ciudad, y la mínima al estado de familia. La màxima y media se llaman en derecho muerte civil (2).

106. Hemos visto ya que sea la triple pérdida de cabeza: veamos ahora quienes la padecen. La màxima la padecian: 1.° Los que eran tomados por los enemigos. Entre nosotros permanecen libres, pero entre los romanos eran hechos siervos, y asi perdian el estado de libertad, y no le recobraban, si no es que volviesen á su casa, que entonces por el derecho de *postliminio* eran restablecidos en todos sus derechos (3). 2.° Los mayores de veinte años que dolosamente se vendian por medio de otro para gozar del precio (4). Estos quedando siervos en pena de su fraude perdian el estado de libertad, y padecian la máxima pérdida de cabeza 3.° Los siervos de la pena: estos tuvieron su orígen en Roma, porque por la ley Porcia estaba mandado que los ciudadanos romanos no pudiesen ser castigados con azotes, ni condenados al último suplicio. En fuerza de esta ley, siempre que algun magistrado se atrevia á imponer semejantes penas á algun ciudadano romano, levantaba este la voz y decia: *soy ciudadano romano*, é inmediatamente se le debia dejar en libertad. Tenemos un ejemplo de esto en el libro de los Hechos Apostólicos, en donde se cuenta que el Apostol S. Pablo se libró de este modo de la crueldad del tribuno de los soldados (5). Gozando, pues, de un privilegio tan exorbitante los ciudadanos romanos, y no siendo posible que una repùblica se conserve sin facultad de castigar á los facinerosos con las penas correspondientes, fuè necesario que fingiesen que aquellos que eran condenados

(1) La misma ley.
(2) L. 2. tít. 18. Part. 4.
(3) L. 1. tít. 29. Part. 2.
(4) L. 1. tít. 21. Part. 4.
(5) Act. Ap. cap. 22. v. 24. 25. et. 26.

al último suplicio por la sentencia capital se habian hecho siervos, y por consiguiente que ya no eran ciudadanos. Mas como no puede haber siervo sin señor, y el condenado á muerte no pasaba al dominio de otro, fingieron tambien que la pena era como su señor, y por tanto se llamaban siervos de la pena.

197. Este fuè el orígen de la servidumbre de pena entre los romanos. Nuestras leyes de Partida la esplican con diferencia. Segun ellas es llamado siervo de la pena aquel que es condenado á trabajar perpetuamente en obras públicas, ó en otros servicios penosos de ùtilidad pública (1). Tales eran antiguamente remar en las galeras y trabajar en las minas de azogue; pero habiéndose abolido del todo estas penas, solo han quedado las de presidio y arsenales, condenando á los reos incorregibles, y del todo abandonados á los trabajos penosos de bombas y otras maniobras ìnfimas, atados á la cadena de dos en dos, sin arbitrio ni facultades en los gefes para su soltura ni alivio. No obstante, en el dia ni con impropiedad puede llamarse esta servidumbre de pena, por faltarle la calidad de ser pepetua. En efecto, el amor á la humanidad hizo atender à que la penalidad y afan de estos trabajos era insufrible; y asi, con la mira de evitar el total aburrìmiento y desesperacion de los infelices que se veían sujetos á su interminable sufrimiento, se dispuso que no pudieran los tribunales destinar á reclusion perpetua, ni por mas tiempo que el de diez años en los arsenales, á reo alguno; por lo que no hay ya servidumbre de pena, ni tampoco caso alguno en que segun la prâctica del dia se padezca la pérdida de cabeza que llamaban máxima.

198. La media, padecian entre los romanos: 1.ª Aquellos á quienes se prohibia el uso del agua y del fuego. Esta pena se originò de que los ciudadanos romanos gozaban el privilegio de no perder contra su voluntad los derechos de ciu-

(1) LL. 2 tit. 18. Part. 4, y 18 tit. 1 Part. 6.

dad. Segun esto, para privar de ellos á algun delincuente era necesario mandar, no que saliese para un destierro, porque à esto, segun hemos dicho, no podia ser obligado, sino á que no usase de agua ni de fuego. Notificada al reo esta sentencia, se le ponian guardias para que le impidiesen usar de ambos elementos. Mas como de esta suerte no podia vivir, se veìa obligado á salir de la ciudad y trasladarse á otra, perdiendo de este modo los derechos de ciudadano romano. 2.º La misma padecian los deportados. Estos eran unos hombres desterrados perpetuamente por sus delitos, y mandados conducir á alguna isla despues de haberles confiscado todos sus bienes (1). Se distingue la deportacion de la relegacion en que en esta no se confiscan los bienes, y puede ser por tiempo cierto; por lo que la primera hace perder los derechos de ciudad, y no la segunda. De la deportacion y relegacion hablan las leyes de Partida casi en los mismos términos que el derecho de los romanos (2).

199. La mínima pèrdida de cabeza padecian los adrogados y los emancipados; pero segun nuestro derecho solo la padecen los primeros, porque de hombres libres de toda potestad ó padres de familia, se hacen hijos, y se reducen á la patria potestad del adrogante (3).

200. En el dia por ninguna de estas pérdidas de derechos se pierde el que los parientes consanguìneos tengan à la tutela de sus parientes pupilos. Pero por razon de ser infame aquel à quien por sus delitos se impongan las penas de presidio, arsenales ó destierro, deberia ser privado de la tutela legìtima, aun cuando cumplido el tiempo de su condena volviese à la ciudad (4).

---

(1) L. 2 tit. 18. Part. 4.

(2) LL. 2 y 3 tit. 18 Part. 4.

(3) L. 7 tit. 7 Part. 4.

(4) Arg. de la ley 7 tit. 6 Part 7.

TÌTULOS XVII, XVIII Y XIX.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS PATRONOS, DE LOS PADRES Y DE LOS HERMANOS.

201. Entre las tutelas legítimas, ò que corresponden por ministerio de la ley, numeramos la de los patronos. Patrono se dice aquel que dió la libertad graciosamente á un siervo. Entendemos, pues, por tutela legítima de los patronos la que pertenece conforme á derecho al patrono en el liberto manumitido antes de la pubertad (1).

202. El fundamento de esta tutela es el mismo que el de la legìtima de los consangíneos, *â donde corresponde el provecho de la herencia, alli mismo debe ir la carga de lá tutela* (2). Ahora, pues, como muriendo sin hijos el liberto y sin padre ò madre, ni otro pariente de los que conforme á derecho le habian de heredar, sucedia el patrono, se infiere de aqui que debia ser su tutor legìtimo (3).

203. Tutela legítima de los padres se llamaba la que egercian estos en los hijos emancipados antes de la pubertad (4). En el dia como ninguno puede emancipar á sus hijos menores sin autoridad real, ò aprobacion del Consejo en sus respectivos casos, dificilmente tiene lugar esta tutela.

204. La tutela fiduciaria es la que ejercia el hermano mayor de veinte y cinco años en su hermano emancipado y menor de catorce años despues de muerto su padre, que era su tutor lejítimo. (5) Pero esta tutela nunca ha tenido ni puede tener lugar entre nosotros, pues aunque se verifique el caso que se figura, entrarà el hermano â ser tutor, pero no fiduciario, sino legítimo, por ser el pariente mas cercano del pupilo.

---

(1) L. 0. tit. 16. Part. 6.

(2) Dicha ley 10.

(3) Dicha ley 10. tit. 16. Part. 6.

(4) La misma ley 10.

(5) Dicha ley 10.

TÌTULO XX.

DE LA TUTELA DATIVA.

205. Hasta aqui hemos esplicado dos especies de tutela, la testamentaria y la legítima: resta la tercera, que es la dativa. Se llama asi, porque este tutor es dado no en testamento ni por ley, sino por el juez. Definiremos, pues, esta dacion de tutor: *un acto por el cual el magistrado, con autoridad de la ley, nombra tutor al pupilo que no le tiene testamentario ni lejítimo* (1). De esta difinicion inferimos: 1.° Que para conseguir el fin de esta tutela, que es que el pupilo y sus bienes no padezcan detrimento, debe ser dado el tutor puramente, y de ninguna manera con condicion que suspenda su oficio, ó que no sea concerniente al acto, ni á dia cierto, ni para cierto tiempo, como puede suceder en el testamentario (2). La razon de diferencia ya la hemos insinuado, y es porque el defecto del testador puede ser suplido por el juez nombrando curador al pupilo; pero el de este no hay por quien se supla, y por tanto quiere el derecho que en el acto mismo se provea à la necesidad del huerfano desamparado. 2.° Que esta tutela es subsidiaria, es decir, que no tiene lugar sino en falta de tutor nombrado en el testamento, ò de parientes cercanos que lo sean conforme à derecho (3). 3.° Que procediendo el magistrado en este nombramiento con autoridad de la ley, segun ella debe dar el tutor el juez ordinario del domicilio del pupilo, ó del lugar en que nació, ó en donde tiene la mayor parte de sus bienes. Pero si todos los referidos nombrasen, será preferente el nombramiento del que conste haberlo hecho primero; y si todos lo hubieren hecho al mismo tiempo, preferirá el del juez del domicilio del pupi-

(1) L. 12. tit. 16 Part. 6.

(2) L. 8. tit. 16. Part. 6., y en ella Gregorio Lopez n. 4. v. só condicion.

(3) L. 12. tit. 16. Part. 6.

lo (1). De esta regla se esceptúan los hijos primogénitos de los grandes, à quienes da el Rey tutor por sì mismo, ó confiere especial comision á algun magistrado para que le dé (2).

206. Ultimamente, deben pedir al juez este tutor, en primer lugar, la madre y parientes del pupilo. Si estos no le pidiesen, pueden hacerlo los amigos del menor y otros cualesquiera del pueblo. Y en caso de que nadie le pidiese, y llegase á noticia del juez el desamparo del pupilo, puede nombrarle de oficio (3), en virtud de la potestad que le concede el derecho. Deberà darle por sì mismo si los bienes del pupilo valiesen mas de quinientos maravedís, pero si no ascendieren à esta cantidad podrà delegar al inferior la dacion de tutor (4).

207. * Para Indias está mandado que los jueces no disciernan las tutelas y curadorias sino en personas abonadas que afiancen de dar cuenta con pago cuando se le pidiere; y que los escribanos de cabildo tengan libro en que las asienten, en el cual deben poner la hacienda que el menor tenga y las fianzas que se hubieren otorgado (5).

---

(1) L. 12. tit. 16. Part 6.
(2) L. 14. tit. 5 lib. 2 Rec.
(3) L 12. tit. 16. Part. 6 y en ella Gregorio Lopez n. 7.
(4) Dicha ley 12.
(5) L. 6 tit. 8 lib. 5 R. I.

TÍTULO XXI.

DE LA AUTORIDAD DE LOS TUTORES,

208. Hemos visto hasta aqui todas las especies de tutores: síguese ahora tratar de sus oficios. Estos, unos tienen por objeto la persona del pupilo, y otros la administracion de sus bienes. Entre los que miran al cuidado de la persona del pupilo los principales son: 1.º Darle educacion, é instruirle en aquellas ciencias ò artes que sean convenientes, atendidas las circunstancias de su familia, nacimiento y facultades (1). 2.º Alimentarle del modo y en los términos que el padre haya dispuesto en su testamento, ó en los que el juez dispusiere con consideracion à los haberes del pupilo, cuidando que estos gastos puedan hacerse de los réditos ó frutos de sus bienes, y no con los principales ò propiedades (2).

209. 3.º Con el nombre de alimentos se entiende, no solo la comida, vestido y habitacion, sino tambien todos los demas gastos que sean necesarios para conseguir la conveniente ilustracion del pupilo, asi en lo moral como en lo civil (3) 4.º La habitacion ò casa debe ser la que el padre haya señalado al pupilo en su testamento, y no habiendo señalado alguna, se criará en la de la madre, y en su falta, ò casándose esta, en donde determine el juez; pero de ninguna suerte en casa de aquel que puede heredar sus bienes (4).

210. El cuidado de los bienes del pupilo compone la segunda parte de los oficios del tutor. Este consiste principalmente en que intervenga en todos los contratos y negocios del pupilo. Dijimos arriba que la tutela era una fuer-

(1) L. 16 tit. 16. Part. 6.

(2) LL. 19 y 20 tit. 16 Part. 6.

(3) L. 16 tit. 16 Part. 6.

(4) L. 19 del mismo tit.

za y autoridad que concede el derecho en los mozos libres de toda potestad. Sobre esto es digno de observarse que estas dos palabras no son sinònimas, sino que la *fuerza* denota una facultad mayor que la *autoridad.* La fuerza; pues, la ejercen los tutores en los infantes, y la autoridad en los mas adultos. La infancia dura hasta el año sèptimo de la edad. El tiempo que corre desde los siete años hasta la pubertad se divide en dos partes iguales: en la primera se dice el púpilo pròximo à la infancia, y en la segunda pròximo à la pubertad. Segun estas reglas, para mayor claridad diremos que el hombre se llama infante hasta los siete años: pròximo á la infancia hasta los diez y medio: pròximo á la pubertad hasta los catorce: en los catorce puber: plenamente puber hasta los diez y ocho; y mayor, á los veinte y cinco. La muger será infante hasta los siete años: próxima á la infancia hasta los nueve y medio: pròxima á la pubertad hasta los doce: puber en los doce: plenamente puber á los catorce; y mayor à los veinte y cinco. Estos tèrminos de la edad se deben tener presentes y observarse con cuidado.

211. No se puede dudar que mayor debe ser la potestad del tutor en el pupilo infante que en el que se halla próximo â la infancia ò à la pubertad. Cuando el pupilo es infante nada puede hacer por si, sino que todo lo hace el tutor en su nombre y en este caso se dice propiamente que administra (1). Mas si el pupilo se halla próximo à la infancia ó á la pubertad, puede hacerlo todo con tal que su tutor esté presente, y apruebe lo que ha de obrar (2), en cuyo caso se dice que interpone su autoridad. Esto se verá mas claramente con dos ejemplos. Un pupilo infante no puede contraer, aceptar una herencia ó mover un pleito: todo esto es necesario que lo haga el tutor en su nombre, y aun sin noticia del pupilo. Por el contrario,

(1) L. 17. tit. 16. Part, 6.
(2) La citada ley 17.

el mayor de siete años contrae legìtimamente, acepta herencia ó mueve pleito siempre que esté presente su tutor, y que todo lo obre con su aprobacion y autoridad. De aqui nace que la palabra latina *auctoritas* se tenga por derivada del verbo *augeo* porque en realidad el tutor aumenta y completa lo que falta à la persona del pupilo. El infante casi no es persona por falta de uso de razon, y por tanto obra el tutor en su nombre; pero el que es mayor de esa edad aunque es persona en realidad, por la debilidad del juicio se reputa por media persona. Viene, pues, el tutor á completar lo que falta á este pupilo, y aumentar su persona cuando aprueba y consiente. Por tanto esta aprobacion y consentimiento del tutor es lo que propiamente se llama autoridad.

212. De estos principios nace la definicion de la autoridad. Es, pues, *un acto por el cual el tutor aprueba lo que el pupilo mayor de la infancia obra, capaz de hacer peor su condicion* (1). Se dice que es un *acto*, porque no basta la taciturnidad del tutor, sino que se requiere licencia ó aprobacion espresa, lo que significa la palabra *otorgamiento*, de que usa nuestro derecho (2). Se dice que *por èl aprueba el tutor lo que el pupilo mayor de la infancia obra*, porque si el pupilo es todavia infante, nada puede obrar, sino que entonces el tutor lo administra todo; luego no interpone autoridad. Se dice ultimamente *capaz de hacer peor su condicion*, porque, como veremos despues, puede el pupilo sin autoridad de su tutor hacer mejor su condicion, pero de ninguna manera hacerla peor (3): v. gr., si Ticio dona al pupilo una onza de oro, es válida la donacion, aunque el tutor no esté presente ni la apruebe; pero si el pupilo promete á Ticio un caballo, no nace obligacion de esta promesa, sino es que el tutor la hubiese autorizado (4).

(1) L. 17. tit. 16. Part. 6.
(2) Dicha ley 17.
(3) La misma ley 17.
(4) La propia ley 17.

213. De la definicion que hemos esplicado se deducen dos axiomas. 1.° La autoridad del tutor es necesaria siempre que se intente algun negocio del cual puede resultar peor la condicion del pupilo. 2.° El tutor mediante la autoridad suple la falta del juicio del pupilo.

214. El primer axioma establece que es necesaria la autoridad del tutor siempre que puede hacerse peor la condicion del pupilo, porque mejorarla puede aun sin noticia ni consentimiento suyo. ¿Pero cuando se dirá que hace mejor su condicion el pupilo, y cuando peor? La hace mejor siempre que obliga á otro; v. gr., cuando otro le promete, le dona ò le dā en comodato. La hace peor siempre que el pupilo se obliga á otro; v. gr., cuando promete, dona, da en comodato (1). De aqui nacen dos importantes conclusiones. 1.ª Que el pupilo, sin necesidad de autoridad alguna, puede aceptar promesas y adquirir por cualquier tìtulo lucrativo, porque de esta suerte otro se obliga al pupilo; pero el pupilo no queda obligado al otro si no interviene la autoridad del tutor. Por ejemplo, un mercader vende un relox de oro á un pupilo en cien pesos, pero sin consentimiento de su tutor. Verificada la compra, da parte el pupilo al tutor del contrato que ha celebrado: al tutor le parece bien, le aprueba y dá òrden de que se entregue el precio: el mercader, que mientras tanto se habia arrepentido de la venta, quiere disolverla, fundándose en que no quedó obligado, por haber sido celebrado el contrato con un pupilo que no tiene juicio bastante para contraer. Se pregunta ahora, ¿quedaria obligado? No hay duda que sì, segun los principios sentados. (2) Pero si el mercader quisiese compeler al pupilo á que pagase el precio, responderia éste muy bien que no habia podido obligarse sin consentimiento de su tutor. Es verdad que puede parecer injusto que en un mismo contrato el

(1) L. 17. tit. 16. Part. 6.
(2) La misma ley 17.

mercader se obligue y el pupilo quede libre; pero no es asi, porque voluntariamente se sugeta á ese gravàmen el que contrae con el pupilo sin anuencia de su tutor; y por tanto no debe tener á mal que el contrato claudique, ó que no sea de una y otra parte obligatorio. (*)

215. Todo lo dicho es consiguiente á los principios establecidos: ûnicamente cabe duda ¿si sea necesaria la autoridad del tutor para que el pupilo admita una herencia? Podria parecer superflua la autoridad en este caso, porque el que acepta una herencia suele hacer su condicion mejor, en cuyo caso segun se ha dicho ya, no se requiere consentimiento ni aprobacion del tutor. No obstante, de nuestras leyes se deduce claramente que seria nula semejante aceptacion. (1) La razon es, porque la aceptacion de la herencia es un cuasi contrato, por el cual se obliga el heredero, no solo á pagar á los acreedores del difunto lo que se les deba, sino tambien á los legatarios y fideicomisarios lo que se les haya dejado en el testamento, (†) es asi que à nada puede obligarse el pupilo sin autoridad de su tutor (2), luego ni aceptar la herencia.

216. Pero si un pupilo admitiese por sì una herencia con beneficio de inventario, este acto seria válido, porque de èl no podia resultar daño alguno, y sí mucho provecho. Esta opinion tan conforme á la equidad se funda en la misma ley 17, que dispone que tratándose de cosas que sean *á pró del mozo valga el pleito* (contrato) por él hecho.

217. El segundo axioma dice que el tutor con su autoridad suple la falta de juicio del pupilo. De aqui tambien se deducen varias conclusiones. 1.ª El tutor no puede interponer su autoridad en causa propia (3), es decir, no puede el tutor interponer su autoridad en negocio que in-

(*) Véase la L. 22. tit. 11. lib. 5 R.

(1) Arg. de dicha ley 17. tit. 16. Part. 6.

(†) L. 3 tit. 9 part. 6.

(2) La misma ley 17.

(3) Arg. de las leyes 4. tit. 5. Part. 5, 18. tit. 16. Part, 6 y 23. tit. 11. lib. 5. R. c.

terese á él y al pupilo. La razon es, porque cuando el tutor suple la falta de juicio del pupilo, uno y otro forman como una sola persona, la cual no puede contraer consigo misma. 2.ª El tutor no puede comprar cosa alguna del pupilo, porque asi interpondria su autoridad en causa propia, lo que no puede, segun hemos dicho (1) Se esceptúa el caso de que comprase con licencia del juez y consentimiento de los contutores, por evitarse de este modo que el pupilo sea dañado: pero si lo fuera puede pedir restitucion dentro de cuatro años despues de haber llegado á la mayor edad. 3.ª Si naciese pleito entre el tutor y el pupilo, se debe dar á este otro tutor que lo defienda, al cual llaman *curador ad litem.* La razon es, porque el pupilo por la contestacion del pleito cuasi contrae: el que cuasi contrae se obliga: el pupilo no puede obligarse sin autoridad del tutor: el tutor no puede interponer su autoridad en causa propia; luego es necesario que se le dè otro que autorice (2).

218. * A mas de los tutores y curadores, hay en esta República, y creemos que en todas las otras que fueron parte del reyno de España, un oficial público inmediatamente encargado del cuidado de los huerfanos, y pupilos, de la defensa de sus derechos, y seguridad de sus intereses, cual es el *Defensor general de menores.* Su intervencion es necesaria en los inventarios judiciales, cumplimiento de los testamentos, y en toda otra causa, sea por escrito ó de palabra en que se interesen menores, ya sea en primera instancia, ó ya en segunda ò tercera. El debe reclamar en su defensa toda vez que por queja ó por cualquier otro medio llegue á saber que la codicia, ó negligencia tienen defraudados los intereses de los menores, ó que los malversan y ponen en riesgo los albaceas testamentarios, ò los tutores y curadores ex testamento. Cuida igualmente que los niños huerfanos que heredaron bienes, como los que

(1) LL. 4. tit. 5 Part. 5., y 23. tit. 11. lib. 5. Rec.
(2) Arg. de la ley 13. tit. 16, Part. 6.

sean pobres, logren enseñanza y educacion correspondiente. Si los padres en virtud de interdiccion judicial son declarados incapaces de llenar sus sagrados encargos, ó si los jueces los castigan con penas infamatorias, ó si ellos son pública y notoriamente ociosos, el Defensor general de menores puede tomar las medidas oportunas para asegurar sus intereses, y facilitarles una buena educacion (1).

---

(1) Ordenanzas de Cabildo cap. XI.

TÌTULO XXII.

DE LOS MODOS DE FENECERSE LA TUTELA.

219. Todos los modos de acabarse la tutela se fundan en este axioma: *cesando la causa, cesa la tutela*. La causa de la tutela es la educacion y cuidado de aquel que por su edad no es capaz de dirijirse por sí mismo; luego si no hay necesidad de estos oficios, ò el tutor no los puede cumplir, se acabará la tutela.

220. De este axioma se infiere claramente que se disuelve la tutela por la muerte, ya del tutor, ya del pupilo (1). La razon es, porque muerto el primero no es ya capaz de guardar al pupilo, y muerto este no necesita de guarda. De allí mismo se colige que la tutela no pasa à los herederos, por ser un cargo público y personal que espira con la persona. Se exceptua la tutela legìtima que pasa á los herederos, por ser estos los parientes mas cercanos.

221. Otro modo de acabarse la tutela es por la pérdida de cabeza; porque como se equipára á la muerte, segun hemos visto, se le atribuyen con razon los mismos efectos. Pero es necesario distinguir entre pérdida de cabeza del pupilo y del tutor. Por cualquiera de las tres que padezca el pupilo se acaba la tutela. No asi el tutor: este por la pérdida màxima y media queda privado del ejercicio de su empleo, pero no por la mínima (2). La razon es esta: si el pupilo padeciese la màxima, se haria siervo: si la media estrangero: si la mínima hijo de familia por la adrogacion: es asi que un siervo no puede estar bajo de tutela por no ser cabeza libre, ni un estrangero por ser esta un derecho propio de los ciudadanos, ni un hijo de familia por estar bajo la patria potestad, y al que tiene padre no se da tutor; luego en cualquiera de estos casos fenece la tutela. La razon porque el tutor que padece la máxima y media

1) L. 21. tít. 16. Part. 6.
L. 21. tit. 16. Part. 6.

pérdida de cabeza es privado de la tutela, es porque el siervo y el estrangero no pueden ser tutores por ser incapaces por derecho de todo cargo pùblico. La mìnima no daña al tutor, porque aun el hijo de familia puede serlo, como que en los cargos pùblicos se reputa por padre de familia (1).

222. El tercer modo de acabarse la tutela es la pubertad, ó la edad de catorce años en los varones y de doce en las mugeres (2). Una de las razones porque se habia dado la tutela, y la principal, es para que el pupilo sea educado bajo el gobierno y direccion del tutor: cesa, pues, esta cuando ha llegado à la pubertad y adquirido algun juicio; pero como no tiene todavia todo el que es necesario para dirigirse por sí mismo, y administrar sus bienes, le ha provisto el derecho de otra guarda con el nombre de curatela. Esta, aunque en rigor podia llamarse continuacion de la tutela hasta la mayor edad, no se ha llamado asi porque en realidad se advierte diferencia entre el cargo del tutor y el del curador: aquel, como hemos notado ya, tiene por principal obgeto la persona, y este los bienes del pupilo. Se dice, pues, con razon que á los catorce años se ha concluido la tutela, no obstante que haya de comenzar la curatela.

223. El cuarto modo, es la llegada del dia, ò cumplimiento de la condicion con que fué dado el tutor (3). Pero este solo puede tener lugar en la tutela testamentaria, porque solo en testamento puede ser dado tutor hasta cierto dia, ó bajo de condicion (*). Por egemplo, si el padre digese en su testamento *:* Ticio sea tutor de mis hijos, por cinco años, ò sea tutor si no tuviere hijos. En estos casos pasado el quinquenio, ò si el tutor procrea hijos, cesarà la tutela,

(1) L. 4. tit. 16. Part. 6., y en ella Greg. Lopez n. 8.
(2) L. 21. del mismo tit. * y L. 12. id.
(3) L. 21. tit. 16. Part. 6.
(*) L. 8 tit. 16. Part. 6.

porque ya llegô el dia señalado, ó se verificó la condicion.

224. El quinto modo de fenecer la tutela es la escusa, y el sesto la remocion del tutor sospechoso (1). Pero como estos modos son comunes á los tutores y curadores porque unos y otros pueden escusarse, ó ser removidos como sospechosos, se reserva el tratar de ellos en los ùltimos tìtulos de este libro.

225. Concluido el tiempo de la tutela, incumbe al tutor la obligacion de dar cuentas de su administracion, y entregar al menor, ó á su curador todos los bienes existentes (2). Esta obligacion nace de la naturaleza misma de la tutela. En virtud de ella debe el tutor administrar la hacienda del pupilo; y es regla general que todo aquel que administrà cosas agenas està obligado â darlas (†). ¿Pero qué arbitrio se tomará cuando el tutor se resista á verificarlo? En este caso tiene lugar la accion llamada *de tutela*, que no se debe confundir con la de sospechoso y de revision de cuentas, porque se diferencian en el tiempo en que se deben entablar, y en el fin á que se dirigen. La accion de sospechoso tiene lugar durante la tutela, siempre que el tutor no desempeñe su oficio con fidelidad (‡). La de tutela se entabla fenecida esta, y antes de rendirse las cuentas; (‡) y la de revision de cuentas despues de dadas estas, pero mal y con fraude. El fin de la primera es que el tutor sea removido y el de la segunda que dé cuenta; y el de la tercera que se glosen y revisen estas mismas, y que hallándose que el tutor sustrajo algo de los bienes, lo restituya con pena â arbitrio del juez (3).

226. En la accion de tutela se debe observar que es ò directa ô contraria. La directa se da al pupilo despues de la pubertad contra el tutor, sus fiadores y sus herederos,

(1) Dicha ley 21.

(2) La misma ley 21. al fin.

(†) LL. 26. 27. y 31. tit. 12. part. 5. L 18. tit. 5 y L. 5 tit. 14. lib. 9 R,

(‡) L. 94. tit. 18. Part. 3.

(3) LL. 21. tit. 16., y 4 tit. 18, Part. 6.

para que dé cuentas con pago (1): la contraria se da al tutor fenecida la tutela contra el pupilo, para que le indemnice si ha hecho algunos gastos de su cuenta en la hacienda del pupilo, ó si ha sufrido algun daño dimanado de la tutela y sin culpa suya.

227. No solo debe ser indemnizado de las espensas que haya hecho de su cuenta en la administracion de la tutela, (*) sino que á mas de esto puede abonarse y tomar para sí, por razon de su trabajo y responsabilidad en que se constituyò, la décima parte de los frutos que los bienes de su menor hayan producido mientras duró la tutela (2). Este beneficio se estiende tambien á los curadores, pero en el supuesto de que unos y otros administren y cumplan como deben sus obligaciones.

---

(1) L. 21. al fin.

(*) Véanse las LL. 35. 36. y 37. tit. 12. p. 5.

(2) L. 2 tit. 7. lib. 3 del Fuero Real.

TÍTULO XXIII.

DE LA CURATELA Y CURADORES.

228. Casi todo lo que se ha dicho hasta aqui pertenece à la tutela: síguese ahora tratar de la curatela. Esta es *una potestad de administrar los bienes de aquellos que no pueden hacerlo por si mismos* (1). Se dice *una potestad*, no con derecho de adquirir para si, como la que tiene el padre en sus hijos, el señor en sus siervos, sino directiva como la que compete á todos los administradores de las cosas agenas. Porque asi como el tutor cuida de la persona del pupilo, y por eso su oficio es una fuerza y potestad para educarle y defenderle, asi la curatela es una potestad de administrar las cosas y bienes. Se añade *de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos*, para denotar que los curadores se dan á los que en realidad son personas, esto es, à los mayores de catorce años, pero que por algun otro impedimento no pueden cuidar de sus cosas. Tales son los menores de veinte y cinco años, los furiosos, pròdigos, los perpetuamente enfermos y ausentes (2).

229. De esta definicion nacen las diferencias que hay entre el tutor y el curador. 1.ª El tutor se da primeramente para la persona, y secundariamente para las cosas (*). 2.ª Hablando con rigor y propiedad se dice que el tutor interpone autoridad porque es necesario que aumente y complete la persona del pupilo, y supla el defecto de la impubertad; pero como nada falta á la persona de los púberes, se dice que el curador presta consentimiento, no que interpone autoridad. 3.ª Al que tiene tutor no se le puede dar otro, pero sí curador (3); v. gr., si nace pleito entre el pupilo y el tutor, ô si este se enferma ó ausenta. 4.ª El

(1) LL. 12. y 13. tit. 16. Part. 6.

(2) L. 13. tit. 16. Part. 6., y en ella Gregorio Lopez n. 1.

(*) L. 1. tit. 16. Part. 6.

(3) Dicha ley 13.

tutor se da al pupilo aunque no le quiera (1); pero el curador no se da al menor si no le pide, escepto en los pleitos, para los que precisamente se le debe nombrar (*). Ultimamente, el curador se puede dar para un acto ò cosa sola; pero el tutor ha de ser para la persona y todos los negocios del pupilo (2).

230. Veamos ahora cuantas especies hay de curatela. La tutela dijimos que era ó testamentaria, ó legítima, ò dativa; pero toda curatela, hablando con propiedad, es dativa (3). Es verdad que suele darse à los furiosos ó mentecatos por curador a algun pariente suyo cercano, pero â ninguno de estos corresponde la curatela por ministerio de la ley, sino por nombramiento del juez. Tampoco debe haberla testamentaria (4). La razon que motivó esta disposicion antiguamente fué, que parecia absurdo que el padre dispusiese de la curatela en un tiempo en que el hijo se hallaba en estado de otorgar testamento. A la manera, pues, que la sustitucion pupilar cesa con la pubertad, porque el padre no puede dar heredero á su hijo en un tiempo en que este puede testar é instituir heredero, de la misma manera solo puede dar tutor para el tiempo que precede à la pubertad; pero no curador para despues de ella, porque entonces el hijo es capaz de testar, y asi se juzgó que la provision paterna no debia llegar hasta allá. No obstante, aunque la curatela no se debe dejar en testamento, si el padre la deja á su hijo debe confirmarla el juez, si el curador le parece á propósito para evacuar su encargo. Podemos, pues, decir que toda curatela es dativa, porque siempre toma su fuerza del nombramiento ó aprobacion del juez: y de lo dicho en la definicion inferimos que tiene lugar: 1.° en los menores de edad: 2.° en los furiosos y men-

(1) L. 1 tit. 16. Part. 6.
(*) L. 13. y véase á Vela Disert. 2.
(2) L. 1. tit. 16. Part. 6.
(3) L. 12. tit. 16. Part. 6.
(4) L. 13. tit. 16. Part. 6.

tecatos 3.° en los pródigos; y 4.° en los perpetuamente enfermos, ausentes ò impedidos.

231. La primera especie de curatela dativa es la que se dá á los menores de veinte y cinco años, en consideracion à que por falta de edad no están aptos para tomar la libre administracion de sus bienes (1). Es verdad que ninguno que haya llegado á la pubertad debe ser compelido á recibir curador sino para los negocios judiciales (2); pero tampoco puede siendo menor tratar y contratar sin tenerle. Deben, pues, todos pedirle y nombrarle, y siendo idòneo el que elìjieren debe ser confirmado por el juez. El medio que se ha juzgado mas oportuno para que le pidan es no dar por concluida la tutela antes de que tengan curador, privando de la administracion de sus bienes á los que no le tienen. De esta suerte se verifica, que no se dá curador sino á los que le quieren, y que se dá á todos los menores.

232. De esta regla se esceptuan los que obtienen del supremo Consejo vénia de edad, ò habilitacion para administrar sus bienes sin necesidad de curador. Para impetrar esta licencia ó facultad se requiere en el varon la edad de veinte años, y en la muger la diez y ocho; y que unos y otros acrediten con informacion judicial que son hàbiles para la administracion y manejo de sus cosas. (*) Despues de impetrarla es necesario que se presenten con ella al juez de su domicilio, para que le conste estar habilitados ò dispensados, y executar lo que por el Consejo se le ordene en [illegible] Verificado esto, queda el menor exento de la potestad de su curador, y puede otorgar cualesquiera contratos, y [illegible] del modo que quiera, quedando eficazmente [illegible] (3). Pero no obstante la vénia, conservan los me-

---

(1) [illegible] 2. tit. 16 Part. 6.

(2) [illegible] y 13.

(*) [illegible] de esta Porvincia de 17 de Noviembre de 1824 la licencia [illegible] al Gobierno. Registro Oficial lib. 4, n. 13.

(3) Auto acordado 26. tít. 5. lib. 3. Rec.

nores el beneficio de la restitucion (1). Y como no se estiende à mas que á la administracion, sino es que se esprese, no pueden vender ni gravar sus bienes raices sin licencia del juez, ni hacer otras cosas que estàn permitidas solamente á los mayores de veinte y cinco años (2).

233. Se esceptuan tambien los mayores de diez y ocho años casados, á quienes se les concede que puedan administrar sus bienes y los de sus mugeres sin necesidad de vénia (3); pero tampoco estos quedan privados del beneficio, de la restitucion cuando hayan sido dañados, ni pueden vender sus bienes raices sin decreto del juez.

234. La segunda especie de curatela dativa es la de los furiosos y mentecatos. (4). A estos, aun repugnándolo se les dá curador, porque la falta total de juicio los hace incapaces de la administracion de sus bienes. Como los pródigos en el efecto no distan mucho de los furiosos, por no saberse conducir como sensatos y cuerdos, los ha equiparado el derecho; y asi como previene que se dé curador á estos, se debe dar tambien á aquellos, porque donde milita la misma razon, debe tener lugar la misma disposicion de derecho (5). Pero es necesario hacer distincion entre pródigos moral y jurídicamente tales. Los primeros son todos aquellos que ninguna economia observan en los gastos, de suerte que dilapidan sus bienes. En este sentido no se toma aquí la palabra, porque si á todos los prōdigos de este género se hubiese de dar curador, se encontrarian muchos à quienes seria muy conveniente nombrársele. Pródigos jurídicamente, son los que el juez con conocimiento de causa ha declarado tales, y en su consecucucia les ha prohibido que administren sus bienes. A estos únicamente se les debe nombrar curador, ya sea pariente suyo, ya estraño; y ve-

(1) Arg. de la ley 207. de Estilo, y 5 tit. 11. Part. 5.
(2) Feb. tom. 1 pag. 162. n. 10.
(3) L 14. tit. 1. lib. 5 Rec.
(4) L. 13. tit. 16. Part. 6.
(5) L. 5. tit. 11. Part. 5.

rificado esto à nada puede obligarse sin su consentimiento, como si fueran menores (1).

235. Finalmente, se puede nombrar curador à los perpetuamente enfermos, ausentes ò de otra manera impedidos (2), porque en todos tiene lugar la razon fundamental de la curatela, que hemos dado en la definicion.

236. Pueden dar curadores los mismos jueces que dan tutores, y pueden ejercer este cargo todos los que son hàbiles para ejercer el de la tutela, y por tanto los hijos de familia, como sean mayores de veinte y cinco años. Pero no podrá ser obligado á que reciba la curatela el mismo que fué tutor del pupilo (3); y la razon es, porque seria cosa incivil gravar à un amigo con una doble carga. No obstante, en el dia está recibido que el que fué tutor continúe en la curatela hasta la mayor edad.

237. Se acaba esta por parte de aquel á quien se ha dado curador, siempre que cesa la causa porque se dió. Por ejemplo, cesando la locura cesa la curatela del loco: cesando la prodigalidad, enfermedad, ò la menor edad, cesa la de los pròdigos, enfermos ó menores, siendo principio constante que cesando la causa debe cesar el efecto. Por parte del curador se acaba por escusa legítima que pruebe, v. gr., que tiene necesidad de ausentarse del lugar. Lo mismo debe decirse cuando por no administrar con fidelidad es removido como sospechoso (4). Pero de estos dos modos trataremos en los últimos títulos.

238. Acabada la curatela competen al menor contra su curador, y á este contra aquel, las mismas acciones que dijimos tener el pupilo contra su tutor, y este contra el pupilo (†) (a).

(1) L. 5. tit. 11. Part. 5.

(2) LL. 12. tit. 2 Part. 3., y 13. tit. 16. Part 6.

(3) L. 3. tit. 17. Part. 6.

(4) L. 21. tit. 16. Part. 6.

(†) L. 4. tit. 18. p. 6.

(a) Esta accion de la curatela se llama *útil* en las leyes de los ro-

TÌTULO XXIV.

DE LAS FIANZAS QUE DEBEN DAR LOS TUTORES Y CURADORES.

239. Hasta aqui hemos tratado de la tutela y curatela separadamente. Síguense ahora algunas cosas que son comunes á los tutores y curadores. Estas son las fianzas, las escusas y el crímen de sospechoso, que son la materia de los títulos restantes.

240. Aunque todas las cauciones tienen por objeto que los acreedores no sean fácilmente defraudados de sus créditos, no obstante, hay muchos casos en que no se puede admitir otra sino la *fidejusoria* (*). Tal es el de los tutores y curadores, á los que, no afianzando con bastante seguridad, no se les debe discernir la tutela ó curaduría; es nulo cuanto ejecuten, y se les puede privar de la administracion. La principal razon de esto es, porque es indeterminada la cantidad á que puede ascender el daño que el tutor ó curador cause al pupilo: luego si diese prendas que valiesen, v. gr., cinco mil pesos, y despues al tiempo de las cuentas se advirtiese un descubierto de diez mil, habria sido inútil al pupilo la caucion *pignoraticia*. Son, pues, absolutamente necesarios los fiadores para que prometan y aseguren que en todo evento estará salva la hacienda del pupilo (†).

---

manos. La razon era porque todas aquellas acciones que nacian inmediatamente de las palabras de la ley se llamaban *directas*, y las que los jurisconsultos deducian por interpretacion tomada de la razon de la ley, se decian *útiles*. Ahora, pues, como las leyes de las Doce Tablas solo habian hecho mencion de la accion de la tutela, sin hablar nada de la de la curatela, juzgaron los jurisconsultos que aquella misma podia acomodarse á los curadores, porque donde hay la misma razon debe haber la misma disposicion de derecho. Entre nosotros no se necesita de esta accion útil, porque tanto la de tutela como la de curatela se hallan espresas en la ley 21. tit. 16 Part. 6, que con el nombre de *guardadores* entiende á los tutores y curadores

(*) Véase la ley 10. tit. 34. Part. 7 v. *Cautio.*

(†) L. 6. tit. 8. lib. 5 R. I.

241. Con lo dicho se viene fácilmente en conocimiento de la razon porque se han inventado estas fianzas. La primera, porque aunque el tutor se dà principalmente para la persona, no obstante administra los bienes del pupilo, y el curador se dà principalmente para las cosas. Siendo, pues, regla general que todos los que administran cosas agenas deben dar cuenta y afianzar, se sigue que es muy justo que los tutores y curadores tengan la misma obligacion. A esto se añade la especial conmiseracion de que son dignos los huérfanos, porque importa á la repùblica que aquellos que se hallan desamparados y destituidos de todo socorro tengan seguros sus bienes por la vigilancia de los magistrados. Todo esto no se podria conseguir sino afianzando los tutores y curadores.

242. Pero como no todos indistintamente estèn obligados á ello, se hace preciso investigar cuales son los que deben prestar esta caucion, y cuales no. Sobre este punto estableceremos un axioma general, del cual se deducen algunas conclusiones especiales. Este es : *que todos los tutores y curadores en quienes cabe alguna sospecha estãn obligados á afianzar*. Se hará claro este axioma teniendo presente el fin de esta caucion, el cual, segun ya hemos anotado, es el de que los bienes del pupilo estén seguros, asi de la malicia como de la negligencia del administrador: luego si ningun peligro se teme de que el tutor ó curador defraude al pupilo, ó le cause daño en sus bienes; cesando la causa debe tambien cesar el efecto, que es la fianza. De este axioma inferimos: 1.° quienes no dan fianzas: 2.° los que están obligados á darlas.

243. No tienen obligacion de afianzar los tutores dados en testamento, sean ó no confirmados por el juez. (1) La razon es, porque el padre, por el hecho mismo de nombrarlos, dá una prueba bastante de estar plenamente informado de la probidad de aquel que da por tutor á su hijo, y de que

(1) L. 9 tit. 16, p. 6 y en ell. Gregorio Lopez n. 5. [illegible] firma la doctrina [illegible] sobre la materia hay [illegible] costumbre.

está satisfecho de su fidelidad y diligencia en el cuidado y administracion de la persona y bienes del huèrfano. No teniendo, pues, lugar en estos sospecha alguna, segun nuestro axioma deben estar libres de la obligacion de afianzar.

244. Por el contrario se infiere que están obligados à dar fianzas: 1.° todos los lejìtimos, aunque sean la madre y abuela (1). La razon es, porque estos ni son nombrados por el testador, ni por el magistrado, sino que son llamados inmediatamente por la ley, y no por mas diligentes, sino por parientes mas cercanos; y por tanto en ellos tiene lugar cualquiera sospecha, y conforme á nuestro axioma deben afianzar: 2. todos los curadores y tutores dados por los jueces ordinarios (2), asi porque no suelen tomarse todos los informes necesarios acerca de su conducta y habilidad, como porque no residen en ellos facultades para eximirlos de las fianzas. La práctica es, que aun á los que se dan por los tribunales supremos se les mande afianzar, sino es que las circunstancias recomendables del tutor ó curador hagan que se les dispense esta formalidad: 3.° tambien están obligados à afianzar aun los testamentarios que se ofrecen á la administracion (3), porque se presume que no se ofrecerian si no esperâran lucro: el que tiene esta mira en los bienes del pupilo da lugar á sospecha; luego debe afianzar.

245. Hemos visto ya de que principios se deduce la obligacion de dar fianzas, y quienes las dân. Veamos ahora en que forma se deben dar. Por fianza entendemos una seguridad que resulta de obligarse à satisfacer por el principal otros á quienes llamamos fiadores. De donde se infiere que estando los tutores y curadores obligados á afianzar, deben dar fiadores abonados que prometan satisfacer en falta suya, asi todo el alcance que resulte al tiempo de las cuentas, como tambien los daños que por su culpa ò negligen-

(1) LL. 94. y 95. tit. 18. Part. 3., y 9 tit. 16. Part. 6.

(2) Arg. de la ley 12 tit. 16. Part. 6. * Es espresa sobre esta materia la L. 6 tit. 8 lib. 5 R I.

(3) L. 11. tit. 16, Part. 6.

cia irroguen al pupilo (1). Pero siendo mejor precaverlos que resarcirlos despues de causados, previene el derecho que no se discierna la tutela ò curaduría sin que el nombrado se obligue, interpuesta la religion del juramento, á cumplir fiel y legalmente su oficio, procurando en todo el bien y utilidad del huerfano, y evitando todo lo que pueda ser en perjuicio suyo (2). Asi mismo que haga inventario formal y especìfico de todos los bienes muebles y raices correspondientes al pupilo ó menor, porque de otra suerte no se le podrian tomar cuentas, ni hacerle efectiva la responsabilidad (3).

246. El efecto que producen las fianzas que hemos dicho deben dar los tutores y curadores es, que concluida la tutela y curadoría resulten á favor del pupilo ó menor tres acciones para recobrar sus bienes. La 1.ª, que es la accion de tutela, la intenta contra los tutores, en cuyos bienes tiene tácita hipoteca, y contra sus herederos para que le den cuentas y restituyan lo existente (4). 2.ª Si con està accion no consigue de los tutores su cosa, la tiene tambien contra los fiadores y sus herederos, cuyos bienes le deben estar espresamente hipotecados para que le resarzan el daño ó pérdida causada por el tutor (5). 3ª. Si los fiadores estan insolventes, y por tanto no puede el pupilo recobrar de ellos sus bienes, en este caso recae la culpa en el juez que admitió fiadores poco abonados, y se dá contra él la accion subsidiaria (*) para obligarle á resarcir todos los daños ocasionados por su descuido en là recepcion de las fianzas. Pero esta accion es de poco uso, y no se debe esperar de ella mucha utilidad: 1.º porque siempre milita por el juez la presuncion de diligencia mientras que no se

(1) L. 94. tit. 18. Part. 3.
(2) L. 9 tit. 16. Part. 6.
(3) L. 99. tit. 18. Part. 3. * L. 1 tit. 18 part. 6.
(4) LL. 23. y 26. tit. 13. Part. 5., y 21. tit. 16. Part. 6.
(5) LL. 94. tit. 18. Part. 3., y 21. tit. 16. Part. 6.
(*) Inst. lib. 1 tit. 24. § 2.

... lo contrario, y esta prueba es bastante dificil por lo comun: 2.° porque quedará libre el juez mostrando que en el tiempo en que se obligaron los fiadores eran idòneos, y que despues quebraron, lo que sucede frecuentemente: 3.° porque aun hablando en general, la prudencia dicta que es peligroso mover pleito á los magistrados.

TÌTULO XXV.

DE LAS ESCUSAS DE LOS TUTORES Y CURADORES.

247. A mas de la obligacion de afianzar, es comun à los tutores y curadores la facultad de escusarse. Veremos, pues, en este tìtulo, primero porque se les concede que se escusen, y segundo cuantas clases hay de escusas.

248. Se conceden á los tutores y curadores algunas escusas, porque segun hemos dicho ya, tanto la tutela como la curatela son un cargo público personal que estan obligados à admitir todos los ciudadanos. A la manera, pues, que hay justas causas que sirven de escusa para no servir otros cargos públicos, es muy puesto en razon que las haya tambien para no admitir la tutela y curatela.

249. Segun lo dicho, escusarse en nuestro derecho *es alegar una causa justa, por la cual no està alguno obligado, ó no puede admitir el cargo que se le encomienda* (1). De aqui se deduce facilmente de cuantas maneras son las escusas. Se dividen: 1.° en voluntarias, que alegadas aprovechan; v gr., el nùmero de hijos. Si esta causa se alega servirà de escusa; pero sino, aun el padre de muchos hijos serã obligado á recibir la tutela; y 2.° en necesarias, que aunque no se opongan, impiden el egercicio de la tutela, v. gr., el pleito con el pupilo, del cual, si se tiene noticia, no discierne el juez la tutela al tutor, aunque él la quiera admitir.

250. Las escusas voluntarias se subdividen en tres especies: 1.ª en unas que se admiten por razon de privilegio: 2.ª en otras por razon de impotencia: 3.ª en otras por peligro de la fama.

251. Por privilegio se escusan: 1.° Los que tienen cinco hijos naturales, no adoptivos, legítimos, no espurios, vivos ó muertos en la guerra; porque los que dan la vida por

---

(1) L. 1. y sig. tit. 17, Part. 6.

la patria se tienen por vivos en la fama (1) 2.º Los embajadores y otros ausentes por causa de la república durante su ausencia; pero restituidos â su patria deben continuar en la tutela recibida, y hasta despues de un año, contado desde el dia de su regreso no se les puede obligar á tomar otra (2). 3.º Los jueces que estan en actual egercicio; pero el que hubiese recibido la tutela antes de serlo, no se puede despues escusar por esta razon (3). 4.º Los maestros de gramática, retórica, dialéctica y medicina, que por mandado del Rey enseñan en su patria, ó fuera de ella (4). 5.º Los doctores en leyes que son jueces ò consejeros, y los caballeros y soldados que residen en la corte, ò en otro lugar, para utilidad del pùblico (5). 6.º Los recien casados desde el dia que contrageron matrimonio, hasta cuatro años despues (6). Ultimamente tienen, en España privilegio para escusarse de la tutela y curadurìa todos los que tengan doce ò mas yeguas de vientre propias, ò tres caballos padres, por tres años contínuos (7).

252. 2.º Por razon de impotencia se escusan todos aquellos que no estan à propósito para administrar la tutela, no obstante que sean hombres de probidad: de otra suerte su escusa seria necesaria, y ni en el caso de que condescendiesen serian admitidos. Tales causas son: 1.ª Tener á la sazon tres tutelas. 2.ª La pobreza, que obliga á vivir del trabajo personal. 3.ª La enfermedad, pero no cualquiera, sino la crónica, que no da esperanza de sanidad, y hace al hombre inútil para el manejo aun de sus propios intereses. 4.ª Se escusan tambien los ignorantes de leer y escribir,

(1) L. 2 tit. 17 Part. 6.
(2) Dicha ley 2.
(3) La misma ley 2.
(4) L. 3 tit 17. Part. 6.
(5) Dicha ley 3.
(6) L. 14. tit. 1 lib. 5 Rec.
(7) Real cédula de 8 de Septiembre de 1789, art. 3., y ley 8 tit. 17. lib. 6 Rec.

porque son inhábiles para llevar cuentas con exactitud. Pero si la tutela fuese de fácil desempeño, y ellos industriosos, no habrá dificultad en admitirlos. Ultimamente, el mayor de setenta años. (†).

253. 3.° Por razon de peligro en la fama se puede escusar el que moviò pleito al padre del pupilo sobre servidumbre, ó al contrario. El que tiene que demandar á éste sobre su herencia ó parte de ella, y el que tuvo enemistad con su padre y no se reconcilió (1). Podria parecer esta escusa opuesta á la caridad cristiana, y que las leyes fomentan el odio que condena la ley de Jesu Cristo. Pero no es este el fin que se ha propuesto el derecho, sino que concede escusa á los nombrados en este caso por consultar á su fama. Porque si estos fuesen obligados á admitir la tutela, se creeria fácilmente que iban á aprovecharse de la ocasion para vengar su ódio en el pupilo. Para evitar, pues, el deshonor que les podian causar estas sospechas y conservarles su fama, les permite la ley que se escusen si lo juzgan por conveniente (2).

254. Hemos visto ya las escusas voluntarias que libran del cargo de la tutela si se alegan: sìguense las necesarias, que aunque no se opongan, sirven de impedimento para ejercerla. Tiene escusa necesaria : 1.° El loco, fátuo ò mentecato : el mudo, sordo y ciego total. Porque aunque todos estos, si son nombrados en testamentos, no son removidos del cargo, sino que mientras dura su impedimento se da otro tutor (lo que tambien se verifica en los menores de veinte y cinco años), con todo, no son admitidos à la administracion de la tutela si no dejan de ser locos, sordos, ciegos ó menores, porque no pueden ser tutores los que por la necesidad que tienen de la direccion de otros están en curatela. 2.° El mismo género de escusa tiene el administrador

(†) L. 2 tit. 17 p. 6.
(1) L. 2 tit. 17 Part. 6.
(2) L. 2 tit. 17 Part. 6,

de rentas reales. 3.° El soldado mientras está empleado en el real servicio. 4.° El sacerdocio y el estado religioso son tambien impedimentos para el ejercicio de la tutela. Pero á los clèrigos seculares, escepto los obispos, solo se les prohibe ser tutores testamentarios y dativos, mas no lejìtimos. La razon de esta disposicion ha sido que los dedicados al culto divino no sean impedidos de sus oficios y ocupaciones piadosas por el manejo de los negocios temporales (1). Ultimamente, por las leyes de Partida se escusaba necesariamente el marido de la curaduría de su muger menor; pero por derecho del dia no solo no está impedido, sino que espresamente se concede que sea administrador de sus bienes (2).

255. Resta solamente esplicar ante quien y de que modo se deben proponer las escusas, y el tiempo que debe durar este juicio. Todos los tutores y curadores que se hallan con justa causa para no admitir el cargo que se les encomienda deben alegar y probar sus escusas ante el juez competente, y como estas se proponen por modo de escepcion, deben alegarse en este concepto como muchas otras (3). Deberán para ello presentar el pedimento al juez dentro de cincuenta dias, contados desde el en que tuvieren noticia del nombramiento, si no dista mas de cien millas del lugar de su residencia; pero si escediere de ellas la distancia, tienen de término un dia mas por cada veinte millas de esceso, y treinta despues de ellos. El espediente que se instruya acerca de la admision de la escusa se debe finalizar dentro de cuatro meses, contados desde el dia en que se comenzò; pero si se sintiere agraviado por la sentencia el que se escusa, puede apelar al superior (4).

---

(1) LL. 4 y 14. tit. 16. Part. 6., y 2 tit. 17 Part. 6 * y L. 6 tit. 5 p 3.

(2) L. 14. tit. 1 lib. 5 Rec.

(3) Arg. de la ley 9 tit. 3 Part. 3., y ley 1 tit. 5 lib. 4 Rec. * prìncipalmente la L. 8 tit. 23. p 3 que tambien hace responsable de los daños y perjuicios, al tutor que no probase la causa de la escusacion.

(4) L. 4 tit. 17. Part. 6.

TÌTULO XXVI.

DE LOS TUTORES Y CURADORES SOSPECHOSOS.

256. Se llaman *sospechosos todos aquellos tutores ó curadores que no cumplen su oficio con la fidelidad y exactitud debida* (1). Por este concepto se graduará de sospechoso aquel tutor ó curador que se versa mal en los bienes de su menor disipándolos en juegos y otros malos usos, educando mal al pupilo, vendiendo las fincas, ò gravándolas con censos, ya haga estas cosas por dolo ò por culpa, tenga ò nò facultades con que restituir los daños que cause (2). Porque asi como la pobreza por sí sola á ninguno hace sospechoso, si por otra parte es un hombre de probidad y de industria, asi tampoco las riquezas, si no están acompañadas de buena conducta, pueden por sì solas remover la sospecha que ocasionan los indicios de mal proceder. Es verdad que podria juzgarse que un tutor rico no debe ser acusado como sospechoso, porque aunque administre mal los bienes, ò los disipe, tiene con que resarcir el daño que cause al pupilo. Pero los jurisconsultos raciocinan de otra suerte, y conforme á aquel principio constante en derecho, *satius est intacta jura servare quam vulnerata causa remedium quærere*, tienen por mejor que sea removido semejante tutor, que no esponer al pupilo al peligro de quedar en descubierto y al trabajo de conseguir la indemnizacion. (3).

257. De lo dicho se infiere, que la accion de sospechoso no es otra cosa que *una acusacion cuasi pùblica del tutor ó curador que no ha administrado con fidelidad, á efecto de que sea removido, y de que se le imponga la pena correspondiente.* (4). Esta acusacion puede intentarse ó civil ó criminalmente. En el primer caso conspira solo à que el tutor

(1) L. I tit. 18. Part. 6.
(2) Dicha ley I.
(3) L. 1 tit. 18. Part. 6.
(4) LL. 2 y 4 tit. 18. Part. 6.

ó curador sea removido de la administracion, dando cuenta con pago de los bienes y efectos administrados. En el segundo á que se le castigue con pena arbitraria.

258. Siendo cuasi pública la acusacion del tutor sospechoso, se infiere claramente que puede hacerla cualquiera del pueblo (1). No se llama así porque se trate del castigo de un delito que sea público en rigor (pues la malicia è infidelidad de un tutor no tan inmediatamente daña la seguridad de la república como la hacienda del pupilo, por lo que mas bien pertenece á las causas privadas), sino que tiene este nombre, porque aunque no tengan interes inmediato en esta causa, pueden entablar esta acusacion todos los del pueblo. La razon es, porque importa á la república que los bienes de los huérfanos y desvalidos esten seguros, y al efecto se estiende la facultad de acusar hasta las mugeres, aunque por principios generales de derecho les está prohibido presentarse en juicio por otros y acusar. No obstante, hay algunas personas que estan obligadas à acusar á los tutores sospechosos; de suerte que omitiéndolo se harán dignas de reprension. Tales son los parientes inmediatos, y principalmente la madre del pupilo (2). Pero no lo puede hacer el mismo púpilo, porque los impúberes no tienen persona legìtima para presentarse en juicio ni por sí ni por otros. Mas siendo mayor de catorce años puede, con consejo y aprobacion de sus parientes, acusar á su curador (3). Finalmente, no habiendo quien acuse, y siendo claras las pruebas de la mala conducta del tutor, puede el juez removerle de oficio, luego que le conste de su mal proceder (4).

259. Hemos visto quiénes pueden acusar á los sospechosos: sìguese decir quienes pueden ser acusados como tales. A esto responderemos segun lo dicho en la definicion: *todos los que no cumplen su oficio con la fidelidad y exactitud de*

(1) Dicha ley 2.
(2) L. 2.
(3) Dicha ley 2.
(4) L. 3.

bida, ya sean testamentarios, dativos y aun legítimos. Esta es la regla en toda su generalidad; pero nuestro derecho especifica algunos casos, en los cuales los tutores y curadores pueden ser tenidos por sospechosos y removidos de su cargo. Los principales son: 1.º Haber sido tutor ó curador de otro huérfano, y malversado sus bienes, ó enseñàdole malas costumbres 2.º Haberse descubierto despues de nombrados que eran enemigos del pupilo ó de sus parientes. 3.º Negar delante del juez que tienen como suministrarle los alimentos, siendo falso. 4.º No haber hecho antes de comenzar la administracion el inventario de los bienes que previene el derecho. 5.º No defender al pupilo y sus bienes asi en juicio como fuera de él. 6.º Tambien esconderse, y no querer parecer cuando supieren que los habian nombrado por tutores ó curadores (1).

260. No es suficiente para impedir la remocion que el sospechoso ofrezca fianzas para la seguridad de la tutela (2). Porque segun dijimos ya, mejor es conservar ilesos los bienes, que recobrarlos despues de perdidos. Mas aunque todo lo dicho sea constante en derecho, en la pràtica no son removidos tan facilmente los tutores legítimos como los demas. La razon es, porque siendo estos los parientes mas próximos del pupilo, y haciéndose infames por la remocion, esta infamia en cierta manera vendria á redundar en el mismo pupilo, principalmente si su madre, ó su tio se declarasen infames. Por tanto, para evitar estos inconvenientes no se suele remover al tutor legitimo sino que se le añade otro con el nombre de curador que administre la tutela. De esta manera se consigue que el legítimo no malverse los bienes y se le conserve la fama.

261. El fin de esta acusacion se deduce tambien de la definicion dada. Ordinariamente se intenta para la remocion, y para que à arbitrio del juez pague los daños que haya cau-

(1) L. 1 tit. 18. Part. 6.

(2) La misma ley 1.

*APENDICE.

DE LA RESTITUCION IN INTEGRUM

DE LOS MENORES.

263. Restitucion in integrum *es la reposicion de la cosa, ó del pleito al estado que antes tenia* (1). El derecho romano la concedia tanto à los mayores como á los menores de edad (2). A los primeros en algunos casos especiales, y á los segundos generalmente; porque la tercera causa del edicto restitutorio era la minoridad, y no los hechos ó contratos particulares del menor (3). Lo mismo ha dispuesto el derecho de España. Para la restitucion de los mayores debe dar causa un hecho determinado, contra el cual la ley haya señalado una accion recisoria, ó restitutoria. El que contrata por miedo (4): el que es engañado (5): el que se ausenta por causa de la República (6): el que vé peligrar sus derechos por una enagenacion fraudulenta (7), tiene restitucion in integrum de los hechos que pueden dañarle. No sucede asi para la de los menores, porque la causa de restituirles es la minoridad misma, circunstancia universal que abraza todos sus hechos y contratos; pues tan damnificado puede ser el menor por un arrendamiento, como por una venta. Hago esta observacion, para deducir de ella un principio que allana todas las dificultades de esta materia.—*La restitucion de los menores se concede en todos los casos en que*

---

(1) L. 1 tit. 25. Part. 3 y L. 1 tit. 19. P. 6.

(2) Tit 4 y 6 Dig. lib. 4.

(3) Tit. 4 Lib. 4 Dig.

(4) L. 56 tit. 5 Part 5.

(5) L. 57 tit. 5 P. 5.

(6) L. [illegible] tit. 23 y L 28. tit. 29. p 3.

(7) L. 30. tit. 2 y L. 13 y sig. tit. 7 P. 3.

espresamente no está denegada por las leyes. El derecho es terminante à este respecto: *faciendo el menor de veinte y cinco años,* dice la ley de Partida, *pleito alguno ó postura que fuere â su daño....en cualquier manera porque se empeore su facienda, ó se menoscabasen sus bienes, ó su derecho, que puede pedir al juez que faga desfacer el pleito* (1), y otra del mismo código, *ê esta restitucion puede demandar en todo pleito ó conocencia que el oviese fecho á daño de sí, ó su guardador, ó su abogado* (2). Agréguese á esto, que las leyes cuando niegan el beneficio de restitucion, espresamente lo dicen; lo que demuestra que debe concederse en todos los pleitos, de todos los hechos y en todos los contratos en que medien las circunstancias que exije el derecho. Sentado este principio fundamental, debo solo, para esplicar la materia, decir las condiciones que piden las leyes para conceder la restitucion; los efectos de ella, y á quienes y por que causa se niega.

264. La ley concede restitucion à los menores: 1.° sí por liviandad ò negligencia propia perdieron algo de sus bienes ó de sus derechos, ò si cargaron con alguna obligacion que no les era útil, ô si omitieron conseguir alguna ganancia. 2.° Si estos daños les han venido por culpa de sus guardadores. 3.° Si los han recibido por engaño que otros les hiciesen (3). Por hecho propio sin contrato alguno, como cuando al menor le ha sido legada la opcion entre varias cosas del testador, y se engaña en la eleccion (4). Por culpa de su tutor, como cuando defendiéndole este en juicio hace una confesion que menoscaba sus derechos (5). Por engaño de otro, cuando un menor engañado por otro, cambia, por ejemplo, lo que se le debe por otra deuda menos bue-

(1) L. 5 tit. 19. P. 6.
(2) L. 8 tit. 19. Part. 6.
(3) L. 2 y 8 tit. 19. P. 6. y 18. tit. 6 P. 6. y L. 4 tit. 8 P. 6.
(4) L. 5 tit. 19 P. 6.
L. 3. tit. 19. P. 6.

*APENDICE.

DE LA RESTITUCION IN INTEGRUM

DE LOS MENORES.

263. Restitucion in integrum *es la reposicion de la cosa, ó del pleito al estado que antes tenia* (1). El derecho romano la concedia tanto à los mayores como á los menores de edad (2). A los primeros en algunos casos especiales, y á los segundos generalmente; porque la tercera causa del edicto restitutorio era la minoridad, y no los hechos ó contratos particulares del menor (3). Lo mismo ha dispuesto el derecho de España. Para la restitucion de los mayores debe dar causa un hecho determinado, contra el cual la ley haya señalado una accion recisoria, ó restitutoria. El que contrata por miedo (4): el que es engañado (5): el que se ausenta por causa de la República (6): el que vé peligrar sus derechos por una enagenacion fraudulenta (7), tiene restitucion in integrum de los hechos que pueden dañarle. No sucede asi para la de los menores, porque la causa de restituirles es la minoridad misma, circunstancia universal que abraza todos sus hechos y contratos; pues tan damnificado puede ser el menor por un arrendamiento, como por una venta. Hago esta observacion, para deducir de ella un principio que allana todas las dificultades de esta materia.—*La restitucion de los menores se concede en todos los casos en que*

(1) L. 1 tit. 25. Part. 3 y L. 1 tit. 19. P. 6.
(2) Tit 4 y 6 Dig. lib. 4.
(3) Tit. 4 Lib. 4 Dig.
(4) L. 56 tit. 5 Part 5.
(5) L. 57 tit. 5 P. 5.
(6) L. [illegible] tit. 23 y L 28. tit. 29. p 3.
(7) L. 30. tit. 2 y L. 13 y sig. tit. 7 P. 3.

espresamente no está denegada por las leyes. El derecho es terminante à este respecto: *faciendo el menor de veinte y cinco años*, dice la ley de Partida, *pleito alguno ó postura que fuere â su daño....en cualquier manera porque se empeore su facienda, ó se menoscabasen sus bienes, ó su derecho, que puede pedir al juez que faga desfacer el pleito* (1), y otra del mismo código, *ê esta restitucion puede demandar en todo pleito ó conocencia que el oviese fecho á daño de sí, ó su guardador, ó su abogado* (2). Agréguese á esto, que las leyes cuando niegan el beneficio de restitucion, espresamente lo dicen; lo que demuestra que debe concederse en todos los pleitos, de todos los hechos y en todos los contratos en que medien las circunstancias que exije el derecho. Sentado este principio fundamental, debo solo, para esplicar la materia, decir las condiciones que piden las leyes para conceder la restitucion; los efectos de ella, y á quienes y por que causa se niega.

264. La ley concede restitucion à los menores: 1.° sí por liviandad ò negligencia propia perdieron algo de sus bienes ó de sus derechos, ò si cargaron con alguna obligacion que no les era útil, ô si omitieron conseguir alguna ganancia. 2.° Si estos daños les han venido por culpa de sus guardadores. 3.° Si los han recibido por engaño que otros les hiciesen (3). Por hecho propio sin contrato alguno, como cuando al menor le ha sido legada la opcion entre varias cosas del testador, y se engaña en la eleccion (4). Por culpa de su tutor, como cuando defendiéndole este en juicio hace una confesion que menoscaba sus derechos (5). Por engaño de otro, cuando un menor engañado por otro, cambia, por ejemplo, lo que se le debe por otra deuda menos bue-

(1) L. 5 tit. 19. P. 6.
(2) L. 8 tit. 19. Part. 6.
(3) L. 2 y 8 tit. 19. P. 6. y 18. tit. 6 P. 6. y L. 4 tit. 8 P. 6.
(4) L. 5 tit. 19 P. 6.
L. 3. tit. 19. P. 6.

na (1). Por consiguiente, *si el daño le resulta del contrato de otros, y no del guardador, ni por engaño que se le haya hecho, no tendrá restitucion.*

265. El beneficio de restitucion les dura á los menores hasta que llegan à edad de 25 años, y aun por cuatro años mas, por los perjuicios que en la minoridad hubiesen recibido (2). Este tiempo se cuenta de momento á momento: *quanto tiempo quier que le mengue ende*, dice la ley (3). Como el daño que el menor ha recibido en sus cosas, y la minoridad, son los fundamentos de su accion, debe él probar ambos estremos para obtener la restitucion (4). El hecho ó contrato de que pida restitucion, debe ser un acto válido, porque lo que es nulo por derecho está ya revocado por la ley, y pedir de ello restitucion, seria suponer su existencia legal. No se entienda por esto, que siempre que el menor tenga otra accion, para recuperar lo perdido, no ha de usar de la restitucion. La regla generalmente admitida, que cuando hay un remedio estraordinario, no se usa del ordinario, falla en los menores por favor á la minoridad. Ellos, de los actos válidos, pueden, ò pedir restitucion, ò usar de cualquiera otra accion que tengan, sin que la una obste ò consuma la otra. Asi un menor que se vé dañado por culpa de su tutor, por elejir la accion de tutela, no deja de tener tambien el beneficio de restitucion: *nullo eis præjudicio per electionem generando*, decia una ley romana (5). Asi tambien tiene el menor beneficio de restitucion contra el tercer poseedor de su cosa, cuando pruebe no haberle convenido que saliese de su poder; ò que, aunque le conviniese, siendo ineficaz la accion personal que tendria para obtener de su tutor el justo precio de ella, ò la indemni-

(1) L. 5 tit. 19. P. 6.

(2) L. 8 tit 19. P. 6.

(3) L. 2. tit. 19. P. 6.

(4) LL. 2 5. y 6 in fin tit. 19 P. 6, y 1 tit. 13 P. 3 y 4 tit. 14. P. 3.

(5) L. últ. tit. 24 lib. 2 Cod; y véase á Cujacio en dicho tit. y Cañada Juic. civ. cap. 3 n. 16. y 31.

zacion del daño; y por esto la accion de restitucion se llama en el derecho accion *in rem scripta* (1).

266. Deciamos que el acto debe ser valido. Siendo nulo el contrato no tiene el menor necesidad de ser restituido (2): pero tendrá restitucion cuando haya podido contratar (3). Lo mismo puede decirse cuando un juez pronuncia en daño de un menor una sentencia nula. La ley dá la razon de todo esto diciendo,—*porque entonces no seria menester desatárla por restitucion* (4). Siendo válido el acto, sus mas ó menos solemnidades no embarazan à la restitucion; y asi el menor, no solo la tendrá de una venta que su curador haya hecho privadamente de cosas que ha podido vender, sino tambien de la que hubiese celebrado del modo mas público, como en almoneda (5).

267. La restitucion se dá no solo á los menores, sino tambien á sus herederos (6), pero nunca contra el testamento del menor; y asi, los parientes ó herederos ab intestato, mayores ò menores, no pueden pedir restitucion del testamento de un menor, alegando que por su poca razon ha instituido à otros por sus herederos; pues que no hay herederos ab intestato desde que hay alguno instituido en un testamento válido por derecho; porque *intestato* se dice *el ome que muere sin testamento* (7). Ni los herederos por testamento podràn pedir restitucion de una disposicion del menor hecha sobre cosas que la ley le permite disponer, porque la aceptacion de la herencia, como en otra parte se dirà, obliga al cumplimiento de todo lo ordenado en el testamento (8).

268. Cuando los herederos gozan del beneficio de resti-

---

(1) L. 13. § 1.° Dig. *de Minoríb.*
(2) Véase la L. 4 tít. 11. P. 5.
(3) L. 5 tìt. 11. P. 5.
(4) L. 1.ª tít. 25. P. 3.
(5) L. 5 tit. 19. P. 6.
(6) L. 8 tit. 19 P. 6.
(7) L. 1.ª tit. 13. P. 6.
(8) L. 3. tit. 9. P. 6.

tucion, para contar los intérvalos de los contratos, ò los tiempos del derecho, se atiende ó á la persona del heredero, ò à la persona del testador, segun el menor herede á un mayor, ó herede à otro menor. Pondremos un ejemplo del primer caso, esto es, cuando un menor hereda à un mayor, para deducir despues la regla general. Un hombre compra una finca bajo el pacto de la ley commisoria: es decir: entrega parte del precio, y se obliga á entregar lo restante á un tiempo dado, con la condicion, que si asì no lo hace se tendrá por deshecha la venta (1). Muere antes de llegar el plazo dejando un hijo menor, y ni este, ni su tutor cumple lo estipulado. ¿Se habrâ disuelto el contrato, ó tendrá el menor restitucion del tiempo que se le pasó sin entregar la parte que faltaba del precio?—Parece que no hay lugar á la restitucion, porque no ha sido el menor, ni su guardador el que hizo el contrato, pues que hemos dicho, que de los contratos de otro no tiene el menor restitucion; y tambien, porque como heredero debe recibir la herencia en los términos que se le dejó, ya gravada; sin embargo, si atendemos à los principios de derecho debe este menor ser restituido, porque el tiempo que corrió y que le trajo el perjuicio pasó durante su minoridad; y porque teniendo restitucion de los daños que le han venido por su negligencia, ó la de su guardador, debe tenerla en este caso en que el tutor ó èl se han descuidado en cumplir lo estipulado con el vendedor (*) Podremos decir entonces gene-

(1) Vêase la ley 38. tit. 5 p. 5.

(*) El jurisconsulto Paulo abogando en Roma, defendiô en un caso igual los derechos del vendedor contra una joven que pedia restitucion en el caso de la ley commisoria. La parte de Paulo ganó la causa ante el Pretor, negàndose la restitucion. Apeló la jòven ante el prefecto de la ciudad, y perdió tambien allí. Ocurrió entónces al Emperador Antonino, quien despues de oir à los abogados de ambas partes revocó las sentencias dadas, y concediò la restitucion. La historia dice, que la jōven ganó su pleito por ser muy hermosa. Los fundamentos de una y otra parte pueden verse un Viviano en el *caso* à la Ley 38. Lib. 4 Dig. *de Minorib.*

ralmente, que el menor es restituido de todo tiempo que contra él haya pasado en su minoridad. Nos fundamos en la ley de Partida que dice: *mas si antes que ellos fuesen establecidos por herederos de otros, oviesen comenzado â correr contra aquellos â quienes los menores heredasen, entonce bien correrian contra ellos et empecerles ya; pero podrian demandar restitucion del tiempo que contra ellos fuese corrido mientra que eran menores* (1). Por derecho romano, si el deudor hubiese dado facultad á su acreedor para que en el caso de no pagar la deuda al plazo estipulado en el contrato pudiese vender la prenda que le hubiere dado en seguridad del crédito, y este la vendiese realmente, el heredero menor no podia pedir restitucion, aunque parte del tiempo hubiese corrido en su minoridad (2). Pero lo contrario debe decirse del derecho de España por la ley citada, y mas si se considera que ella es singular, y que entre los romanos no habia una disposicion semejante.

269. Si el menor, pues, hereda á un mayor que aun no ha completado los cuatro años para pedir restitucion despues de la mayor edad, no se le dá, cumpliendo los 25 años, todo el cuadrienio, sino que atendiendo á la edad del difunto, se le concede todo aquel tiempo que â este le faltaba: v. gr., un año si el difunto tenia 28. La razon es, porque de los cuatro años despues de la mayor edad no hay restitucion; y como parte de ellos ha pasado siendo el testador mayor de veinte y cinco años, y la otra parte siendo el heredero mayor tambien de edad, no se está en el caso de la ley que concede restitucion del tiempo que pasase en la minoridad. Si el menor hereda á un menor, entonces tiene los cuatro años para pedir restitucion despues de llegar à la mayor edad, porque aun

---

(1) L. 9 tit. 19 Part. 6.

(2) Lib. 2 tit. 28. Cod., y tengase presente lo que disponen las LL. 41 tit. 13 P. 5 y 41 tit. 5 P. 5.

no habian corrido contra su instituyente. Si el mayor hereda al menor, el heredero tiene los cuatro años contados desde el dia que aceptó la herencia, porque tambien el testador los hubiera tenido desde su mayor edad (1).

270. Antes de deducir de aqui reglas generales, nos es preciso poner otro antecedente, esplicando al mismo tiempo un punto importante en la materia que tratamos. La ley concede à los menores el beneficio de restitucion unicamente por sus acciones civiles y *no por las penales.* Un menor que ha sido injuriado, y que durante un año no usa de sus acciones, no puede pedir ser restituido del tiempo que ha pasado. En general, del tiempo que corre en la prescripcion de los delitos no tiene el menor restitucion, porque el derecho juzga que no conviene á la sociedad castigar los delitos pasado algun tiempo: es decir, que prescripto el delito ya los hechos que le causaron no son punibles (2). Puede sin embargo resultar un perjuicio por no entablar en tiempo la accion criminal, pues las leyes quitan la herencia al heredero que no acusa la muerte de su instituyente (3). El derecho ha provisto en este caso, exonerando de la pena à los menores de edad (4); y esto mismo confirma lo que llevamos dicho.

271. Resulta, pues, *que en la restitucion de los menores, hay tres clases de intèrvalos.* Unos que no corren contra ellos, cuales son las prescripciones ordinarias, pues los menores no pueden perder sus cosas por tiempo (5). Otros que corren contra ellos, pero de cuyo lapso tienen el beneficio de restitucion, cuales son los que hubiesen principiado á correr contra aquellos de quienes tuviesen el de-

(1) Véase á Cujac. al tit. 52 lib. 2 Cod.

(2) LL. 22 tit. 9 P. 7 y 4 tit. 17 P. 7 y las que se citarán cuando se hable de las prescripciones de las acciones criminales.

(3) L. 11 tit. 8 lib. 5 R. y L. 13 tit. 7 P. 6.

(4) L. 11 tit. 8 lib. 5 R. y L. 15 tit. 7 P. 7.

(5) L. 8 tit. 29 P. 3 y L. 9 tit. 19 P. 6.

recho ó la cosa (1); y la otra clase es, de aquellas prescripciones que corren contra los menores sin que tengan restitucion del tiempo que ha pasado, como las de las acciones criminales (2), y de otros intérvalos del derecho que diremos al fin.

272. La ley hemos dicho concede restitucion ín integrum á los menores de 25 años; mas otra ley de Partida (3) dispone, que si el menor sigue un pleito y es sentenciado cuando es mayor, no tenga restitucion contra la sentencia; porque el hecho que causò el daño, que fuè el pleito, aun cuando principiò en la menor edad no se consumò hasta la mayor. Puede concluirse entonces, *que en los hechos que no han sido consumados, no se atiende al principio, sino al fin de ellos para conceder ó negar la restitucion.* Lo mismo debe decirse de los contratos principiados en la minoridad y aprobados en la mayor edad. El tiempo que debe atenderse es al de la consumacion del negocio. Un menor estipula la venta de un campo para entregarle pasado algun tiempo: llega á la mayor edad y le entrega. No tendrá restitucion, porque la confirmacion hecha en la mayor edad ha consumado el contrato. Por el contrario, un menor acepta una herencia, y obra en las cosas hereditarias como tal heredero. Llega á la mayor edad y cobra á los deudores del testador: es decir, aprueba siendo mayor la aceptacion que hizo siendo menor. ¿Tendrá restitucion?—Si, porque estando en todas sus partes perfecto el contrato ó el hecho, los actos ejecutados en la mayor edad en nada alteran el estado del contrato, no se dirijen à èl, ni aumentan ni disminuyen su fuerza, porque era ya cosa acabada (4).

273. Supuesto que los menores tienen restitucion de todos sus contratos que les han sido dañosos, la tendrán tambien de los cuasi contratos. Si un menor acepta la he-

(1) L. 9 tit. 19 P. 6.

(2) LL. citadas en e § anterior, y véase à Cujac. à la L. 37. Dig. *de Minorib.*

(3) L. 2 tit. 25 P. 3.

(4) Véase á Cujac. á la L. 3 § *si quis* Dig. *de Minorib.*

rencia que se le ha dejado, y juzga despues que no le es provechosa, puede pedir al juez que le otorgue poder para desampararla (1). Un mayor paga un legado dejado en un testamento menos solemne: ya no puede repetirle (2); pero le paga un menor, puede tener restitucion de este acto (3).

274. Despues de la edad, el otro estremo que debe concurrir para la restitucion es el daño del menor. Este debe ser de alguna consideracion. *Gran daño, gran pró* son las palabras que usan las leyes (4). No resultándole, pues, de su hecho, ó de su contrato, perjuicio alguno, no habrá lugar á la restitucion aunque resulte daño á un tercero. El menor que por mandado de su padre contrata á nombre propio tendrà el beneficio de restitucion, porque en este caso, aunque contra el padre haya la accion *quod jussu*, hay tambien la directa del contrato contra el hijo menor (5). Si el hijo contrata como procurador del padre, no tendrà restitucion, porque el obligado es el padre ó dueño del negocio y no él. Cuando el menor hijo de familia contrata por si, el padre y el hijo son obligados: el hijo en el todo y el padre en el peculio (6) por lo tanto, tendrá el menor restitucion. Mas si lo obligado es unicamente el peculio profecticio y la accion se dirige contra el padre, no tendrá el menor restitucion aun cuando le resulte el daño de perder el peculio, pues aunque el menor le maneje, tal peculio es propiedad del padre y no del hijo (7). Al contrario sucederá en el peculio adventicio, castrense y cuasi castrense, por ser ellos de los hijos de familia (8). Todo esto se entenderá bien te-

---

(1) L. 3 tit. 19. P. 6.
(2) L. 31. tit. 14. P. 5.
(3) L. cit.
(4) L. 4 tit 14. P. 3. L. 1 tit. 13 P. 3 y L. 5 tit. 1. Part. 6.
(5) Vé•se el tit. 7 lib. 4 de esta obra, y las LL. 7 tit. 21. P. 5 y 16. tit. 11 lib. 5 R.
(6) Vease el tit. 7 Lib. 4.
(7) L. 5 tit. 17. P. 4 y L. 13. tit. 6 Part. 6.
(8) LL. citadas y LL. 6 y 7 tit. 17. P. 4.

niendo presente lo que se dice en el título 9 libro 2, y en en el tìtulo 7 libro 4 de estas iustituciones. Pasemos al menor mandatario ó mandante.

275. El menor mandatario no tiene restitucion, pues que el mandante es el obligado, y la restitucion no es para los mayores, y debe imputarse á sí el que elije à un menor por su procurador. Mas supongamos que el menor para cumplir el mandato ha impendido algo de lo suyo, y siendo insolvente el que le mandó, no pueda conseguir por la accion contraria de mandato lo que de su patrimonio ha gastado, entonces tendrá restitucion del contrato, porque concurren los estremos de la ley: contrato del menor, perjuicio que de él le resulta. Pongamos al menor de mandante y de mandatario á un mayor; y supongamos que del contrato de su procurador le resulta un daño. Creemos que en este caso tendria el menor restitucion y nos fundamos en la ley que la concede á los menores por actos de sus guardadores ò abogados (1). Pues si se les da contra los contratos de un representante tan legítimo, como el tutor, con mas razon deberá darseles de los hechos de un procurador particular nombrado por el menor. Sin embargo doctos jurisconsultos sostienen lo contrario. (2).

276. Escediendo el mandatario mayor los límites del mandante menor, no tiene este restitucion del esceso porque en él no se obliga el mandante, sino el mandatario (3). Por la misma razon la tendria el menor mandatario cuando hubiese escedido los tèrminos del mandato.

277. Puede suceder que el menor sin ser procurador contrate sobre las cosas de un mayor, es decir, haga de gestor de negocios. La casa, por egemplo, de su vecino ausente necesita una refaccion necesaria. El menor la contrata en un alto precio. En este caso,aunque directamente no le viene daño alguno á sus

(1) L. 2 y 3 tit. 19. P. 6.

(2) Acurcio à la L. 23. Dig. *de Minorib.* y Cujacio á la L. 3. § id. § *Servus autem.*

(3) Instit. de Mandato § 8.

bienes, tendrà sin embargo restitucion, para evitar el que vendria por su culpa á un tercero que nada estipulò ; y porque podria ser reconvenido por el daño de la cosa, con la accion directa de este cuasi contrato (1). Y en el caso que el menor no quiera pedir restitucion, puede ser obligado à cederla al mayor (2), pues que respecto á la persona con quien contrató el menor, por razon de la cosa, era un procurador del dueño del edificio.

278. Concluyamos la materia de los contratos y cuasi contratos en que intervienen mayores con menores, hablando cuando los derechos ú obligaciones son dividuas ò individuas. Un menor y un mayor comuneros de un prédio que debe servidumbre á otro, tienen con este un pleito sobre ella, y se dá sentencia contra los derechos del mayor y del menor. Si este último obtiene restitucion de la sentencia, dècimos con la ley (3) que ella tambien aprovechará al mayor, porque las servidumbres son individuas (4). Mas si el pleito fuese sobre una cosa que admite la division natural ò civil, entonces la restitucion del menor no aprovecharia al mayor (5). Podemos pues concluir, *que en los derechos û obligaciones individuas, el beneficio de restitucion aprovecha á los mayores, y al contrario en las dividuas.*

279. Y como la indivisibilidad de las obligaciones no nace de las personas que intervienen en el contrato, ni de la mancomunidad ó interes que en el tengan, sino de la naturaleza de las estipulaciones y de las obligaciones que en ellas se contengan, podemos concluir, *que la restitucion de los menores, no aprovecha â los padres, á los tutores, â los comuneros, ni á los coherederos, tan solo por obli-*

(1) L. 26. y siguientes, tit. 12. P. 5.
(2) L. 24. tit. 4 lib. 4 Dig.
(3) L. 5 tit, 23. P. 3.
(4) L. 9 tit. 31. Part. 3.
(5) L. 5 tit. 23. Part. 3.

garlos el derecho, ó por haberse ellos obligado en el contrato del menor.

280. A los fiadores de los menores tampoco aprovecha la restitucion concedida à estos (1) por no ser la obligacion de ellos individua con la de los menores, pues aunque sea accesoria de la obligacion principal, sin embargo es otra obligacion, y no la misma del menor, pues ha podido preceder á la obligacion principal, y aun hacerse despues de esta (2); y ha podido tambien con toda la eficacia de una obligacion civil acceder á una obligacion natural (3). Y asi, restituido el menor debe pagar el fiador, y no puede repetir contra aquel (4).

281. Pero aprovecharà à los fiadores la restitucion concedida á los menores si hubiese habido dolo en el contrato por parte de aquel con quien trataron (5) aunque él no sea sobre tal cantidad que diese una accion rescisoria á un mayor. Pues pudiendo la fianza preceder al contrato del menor, no podria el fiador guardarse del engaño que á este se le hiciese. Aprovecha tambien á los fiadores cuando prueban que afianzando al menor creyeron afianzar à un mayor, porque en este caso parece que no quisieron estar á las consecuencias de una fianza de otros resultados que la otorgada por los mayores (6). Les aprovecha tambien la restitucion de los menores cuando estos son restituidos de una calidad que invistieron en los juicios ó en los contratos, y obtienen de ella restitucion. Es justo que el fiador de un menor que se presenta en juicio como defensor de un tercero, ó que contrata como heredero permanezca en la fianza mientras el menor sea tal heredero ò defensor. Pero restituido el menor de aquella calidad, y no particularmente de un acto, de-

(1) L. 5 tit. 19. Part. 6, y L. 4 tit. 12. P. 5.
(2) L. 6 tit. 12 P. 5.
(3) L. 5. tit. 12. Part. 5.
(4) L. 4. tit. 12. P. 5, y L. 5 tit. 19. P. 6.
(5) L. 4 tit 12. Part. 5.
(6) Cujacio al tit. 22. Lib. 2 Cod.

ja de ser defensor ò heredero, y dejarà tambien el fiador de continuar en su obligacion, porque cesò la causa de ella (1).

282. Hasta aqui hemos hablado de la restitucion in integrum respecto de las obligaciones extrajudiciales de los menores. Pero ellos tienen tambien este beneficio de los actos judiciales que les fueren dañosos. Como esta materia pertenece mas à la prâctica de los juicios, que á la teoria de unos elementos de derecho, diremos brevemente lo que sobre el particular disponen las leyes.

283. Los menores tienen restitucion aun de aquellos actos judiciales y solemnes que el antiguo derecho llamaba *acciones de ley*, tal como la adopcion y adrogacion; y por esto un menor que ha sido prohijado, y que recibe algun perjuicio en su persona y bienes, puede pedir restitucion de la adopcion ò adrogacion (2).

284. La tienen de los actos judiciales probando que les fue hecho engaño en el juicio, ò que por liviandad ó por yerro confesaron ó negaron algo, ó porque sus abogados no mostraron las razones que debian, ó si hallaron nuevas pruebas para mejorar su pleito, ò si se les hubiese sentenciado contra su derecho (3). La restitucion ha de pedirse con citacion de la parte contraria (4) ante el mismo juez ordinario que pronunciò la sentencia (5), sino se hubiese apelado de ella; pero si se hubiese apelado debe pedirse ante el superior (6). Ella, no puede concederse sino una vez en cada instancia y con las formalidades que prescribe el derecho (7) (*). Gozan tambiem los menores de restitucion del lapso del tèrmino probatorio, tanto en primera

(1) Noodt al tit. 4 lib. 4 Dig.
(2) L. 5 tit. 19. Part. 6.
( ) LL. 1, 2 y 3 tit. 25. Part. 3, y L. 3 tit. 19. Part. 6.
(4) L. 7 y 8 tit. 19. Part. 6.
(5) L. 3 tit. 25 P. 3.
(6) Castro. Práctica forense § 255.
(7) L. 5 y 6 tit. 5 lib. 4 y L. 3 tit. 8 lib. 4 R.
(*) El Conde de la Cañada asegura no estar en prâctica el depósito y la pena de que habla la ley recopilada. Lo mismo dice Acevedo. Juicio civil part. 1.ª cap. 9 n. 72. Acevedo á la ley 3 tit. 8 lib. 4. R. n. 42.

como en segunda instancia, pidiéndola en el término de 15 dias desde la publicacion de probanzas; y el tiempo que entonces se les concede no puede esceder en primera instancia de la mitad del que se les dió para hacer la prueba principal, y en la segunda, la mitad del tèrmino que le fue asignado en la primera (1). Declarada la restitucion favorece á ambas partes, y pueden una y otra alegar y probar nuevamente su derecho (2). La restitucion se niega en los juicios de aquellas sentencias que no admiten suplicacion, ni recurso de nulidad (3).

285. Cuando la restitucion no es de los juicios, debe pedirse delante del juez del domicilio de la parte contra quien se trata de intentar. Los jurisconsultos limitan esta doctrina al caso en que la restitucion no tenga sino un objeto meramente personal, ó se dirija á recuperar una cosa mueble; pues en el caso en que la accion se dirija á recobrar bienes raices, debe dejarse á la eleccion del demandador el ocurrir al juez del domicilio del que va â ser demandado, ó al del lugar donde el inmueble está situado. (4).

286. La restitucion puede ponerse en juicio como accion ó como escepcion. Como accion, cuando el deudor previene al acreedor demandando la restitucion antes que él sea perseguido por el pago; y entonces debe ponerse ante el juez del domicilio del acreedor. Como escepcion, cuando ella no se deduce sino para repeler una demanda, y como tal debe ser propuesta delante del juez ante quien se ha entablado el juicio (5).

287. Llevamos dicho á quienes y por que causas se concede el beneficio de restitucion. Veamos ahora los efec-

---

(1) L. 3 tit 8, y L. 5 tit. 9 lib. 4 R.

(2) L. 3 tit. 8 lib. 4 R. y L. 2 tit. 25. P. 3.

(3) L. 11. tit. 17. lib. 4 R.

(4) Vease á Merlin *Repertorio*. verb. rescicion núm. 7.

(5) Carl. tit. 3 Dip. 16.

tos de ella. La ley manda que despues de concedida vuelvan las cosas á su primitivo estado (1); y por lo tanto un menor restituido de una transacion, por ejemplo, devuelve ò compensa lo que por ella recibiò, y se le entrega igualmente lo que él entregó. El menor restituido de una repudiacion de herencia, se le vuelve tambien lo que de la herencia percibiô el heredero ab intestato, ó el instituido en segundo lugar. Deberân tambien volverse los frutos que hayan producido las cosas que van á restituirse, ó compensarse los unos con los otros; pero en caso de hacerse cuenta de ellos, deben sacarse los gastos hechos para su percepcion; pues fruto llama la ley (2), *aquello que finca en salvo â aquel que los cojiô, sacadas las despensas que fizo por razon del.* Deberán tambien sacarse las mejoras ûtiles y necesarias, como se dirá en otra parte, cuando se hable de las mejoras hechas de buena ó mala fè. Pero el menor ha hecho una venta, y habiéndosele pagado el precio le ha malgastado ¿ tendrá que devolver otro tanto para obtener la cosa vendida? Parece que à esto se opone la ley (3) que ordena que el que paga al menor sin decreto judicial, no paga efectivamente si el menor malgasta el dinero. Esta dificultad se destruye si se considera, que aunque sea esencial la autoridad del juez para pagar lo que se debe à un menor, ella no es precisa para entregarle el precio de la cosa que el menor ha podido vender, porque la facultad de vender importa la de entregar la cosa y recibir su valor si las leyes ó el juez no lo privan. Tambien, porque en el un caso la paga es nula si el menor malgasta el dinero que se le ha entregado sin la intervencion judicial, y en el otro ha sido válida la venta, y solo se rescinde el contrato (4).

287. Aunque el primer efecto de la restitucion sea vol-

---

(1) L. 2 tit. 25. P. 3 y L. 3 tit. 8 lib. 4 R.

(2) L. 4 tit. 14 P. 6.

(3) L. 4. tit. 14 P. 5.

(4) Véase á Cujac. ä la L. 24. § Restitutio Dig. de Minorib

ver las cosas á su primitivo estado, sin embargo no se deshace aquello que habia necesidad ù obligacion de hacer. Un menor ha aceptado una herencia, y paga los legados dejados por el testador. Pide luego restitucion de su aceptacion. Lo dado en este caso á los legatarios no se restituye, porque no hay daño en dar á cada uno su derecho. Tampoco se deshace lo hecho con propios é independientes derechos de los del menor. Por egemplo, un menor es instituido heredero y habiendo repudiado la herencia, los herederos ab intestato, ó los administradores de ella hacen algun contrato sobre las cosas hereditarias; el menor restituido de la repudiacion es obligado á pasar por lo obrado en el tiempo intermedio (1).

288. Réstanos solo decir de que cosas no se dá restitucion. Como el fundamento de ella es la poca capacidad del menor, y la culpa ò engaño de su tutor, ó de otro, no tendrá restitucion cuando el daño haya provenido de un caso fortuito (2). Tampoco tendrà restitucion de los delitos ni de la confesion de ellos hecha en juicio (3); pues la restitucion de un hecho criminal importaria que él no fuese castigado; y como las leyes castigan á mayores de diez años y medio por cualquier delito (4); y de doce siendo muger y catorce siendo varon por los actos de lascivia (5), resulta que podemos generalmente establecer que *aunque los delitos sean unas de las causas de obligar, no tienen de ellos restitucion los menores cumplida la edad señalada por el derecho para poder ser castigados.*

289. Lo mismo diremos *de los cuasi delitos.* La ley (6) tambien ha señalado la edad de diez años y medio para que

---

(1) Arg. de la ley 3 tit. 6 P. 6 y L. 22. Dig. *de Minoribus.*
(2) L. 2 tit. 19. Part. 6.
(3) L. 4 tit. 19. P. 6.
(4) L. 21. tit. 1 P. 1. L. 9 tit. 1 P. 7. L. 17 tit. 14. P. 7 y L. 8 tit. 31. P. 7.
(5) L. 4 tit. 19. P. 6 y L. 21. tit. 1 P. 1. y L. 9 tit. 1 P. 7.
(6) L. 3 tit. 15. P. 7.

los menores sean responsables de los daños que causaren. Como el principal efecto de la restitucion sea volver las cosas á su antiguo estado, si el menor tuviese restitucion de los cuasi delitos, no se comprenderia que importaba esta, supuesto que el dañado no podia dejar ya de serlo. Igualmente no hay restitucion contra la libertad, porque esta es aun mas atendida que los menores. Asi, un menor que sigue pleito con el que cree ser su esclavo sobre libertad, no tiene restitucion de la sentencia que le declare libre ; lo mismo, si el menor hubiese dado libre un esclavo propio (1).

290. No goza de restitucion el menor que pareciendo mayor dijese que lo era, *porque las leyes ayudan à los engañados y no á los engañadores* (2). Deben en este caso concurrir dos circunstancias para negar la restitucion. 1.ª Que el menor por su aspecto parezca mayor, pues que la ley exije con razon que haya esta causa de engañarse (3), y 2.ª Que el menor dolosamente diga que es mayor; si lo dice por ignorancia habrá lugar à la restitucion, pues la ley requiere que lo haga *engañosamente.*

291. La ley de Partida (4) confirmó la famosa autentica *sacramenta puberum*, negando la restitucion al mayor de catorce años que jurase que no desharia el contrato por razon de menor edad; pero los prácticos (5) aseguran que esta ley no está en observancia por el grande abuso que pudieran hacer los menores de estos juramentos en perjuicio suyo.

292. La ley (6) tambien niega la restitucion al menor que la pidiese del pago que se le hubiese hecho por òrden del juez.

293. ¿Y un menor tendrá restitucion del contrato que

(1) L. 6 tit. 19. P. 6.
(2) L. 6 tit. 19. P. 6.
(3) L. citada y L. 6 tit. 10. Lib. 9 R.
(4) L. 6 tit. 19 part. 6.
(5) Sala. Derecho Real tom. 1.º Febrero. tom. 1. pag. 6.
(6) L. 4, tit. 14 part. 5.

ha celebrado con otro menor? Por los principios que llevamos sentados, deberá concedersele, si del contrato no iba el un menor á percibir utilidad, sino un mayor. Si uno de los menores ha recibido solo el daño, tendrá tambien restitucion. Por ejemplo en una particion entre varios menores en la cual uno ó algunos han sido perjudicados, porque entonces no daña al otro. Pero se le negará, cuando restituyendosele al menor del daño, le resulta tambien de la restitucion perjuicio al otro menor, porque entonces por el mismo medio que se les quiere socorrer vendrian à ser damnificados (1).

294. Tampoco se dá restitucion de algunos términos que se llaman fatales, como el de nueve dias para intentar el retracto (2). El de tres para suplicar de la sentencia interlocutoria (3), y el de seis para tachar los testigos (4).

295. Lo que hemos dicho con respecto á la restitucion de los menores tiene lugar para las iglesias, ciudades, universidades, consejos, y el fisco, cuando reciben daño por negligencia ó engaño de otro, y pueden pedir restitucion dentro de cuatro años contados desde el dia en que recibieron el daño, y dentro de treinta, si recibieron por el contrato alguna lesion enorme (5).

---

(1) Vèase á Cujac. á la L. 11. § *item queritur* Dig. *de Minoribus*,
(2) L. 8 tit. 11. lib. 5 R.
(3) L. 1. tit. 19 lib. 4 R.
(4) L. 1. tit. 8 lib. 4 R.
(5) L. 10. tit. 19. P. 6.

*APENDICE.

DE LOS DIVERSOS DERECHOS

DE LOS

MENORES.

296. Para mayor comodidad de los estudiantes de jurisprudencia, reuniremos en este apéndice los principales derechos de los menores, fuera del de restitucion de que hemos hablado ya particularmente.

El que está en el vientre se tiene por nacido en todo lo que le aprovecha, pero no le daña lo que en su contra se hiciere (1).

La madre del que aun no ha nacido, puede pedir la posesion, à nombre de la criatura que tiene en el vientre, de los bienes que han quedado de su difunto marido: y el juez, prévio un juicio sumario sobre el embarazo de ella, y de ser muger legítima, debe ponerla en posesion (2).

Debe el que nace para adquirir los derechos, vivir 24 horas y ser bautizado (3).

Los menores de cualquiera edad que sean pueden ser injuriados (4).

Aun cuando los padres hayan dejado la tutela de los hijos à otros que à la madre, sin embargo, deben permanecer en poder de ella hasta cumplidos los tres años (5).

El menor de siete años no puede obligarse, ni obligar á la persona con quien contrata (6).

---

(1) L. 3 tit. 23. P. 4.
(2) L. 7. tit. 22. P. 3.
(3) L. 2 tit. 18. lib. 5 R.
(4) L. 9 tit. 9 Part. 7.
(5) L 3 tit. 19. P. 4.
(6) L. 4 tit. 11. P. 5.

El menor de siete años no puede ser prohijado teniendo padre (1).

El menor de siete años no puede aceptar la herencia que le fuere dejada. Si se halla en poder de su padre y muriese antes de los siete años, el padre debe haber la herencia (2).

El mayor de 7 años, y menor de 14, puede obligarse en su provecho, y vale su obligacion en cuanto es la pró que le viene (3).

El mayor de 7 años puede contraer esponsales (4).

El mayor de 7 años puede concurrir con su tutor â á pedir y defender sus derechos (5).

El hijo menor de 10 años y medio no puede ser desheredado por sus padres (6.)

Los menores de 10 años y medio no pueden cometer delito (7).

El menor desde la edad de 10 años y medio puede injuriar (8).

Las mugeres hasta los 12 años, no son punibles por actos de lascivia, ni los varones hasta los 14 (9).

La muger cumpliendo los 12 años, y el hombre los 14 pueden contraer matrimonio (10).

El menor de 14 años no puede jurar *in litem*, pero sí, siendo mayor de ellos (11). Mas si jurase vale el juramento si es en su provecho, y no será perjuro aunque jure en falso (12).

(1) L. 4 tit. 16. Part. 4.
(2) L. 13. tit. 6 P 6.
(3) L. 4 tit. 11. P. 4.
(4) L. 6 tit. 1.° P. 4
(5) L. 17. tit. 16. P. 6.
(6) L. 6. tit. 5. P. 6.
(7) LL. 8. tit. 31. P. 7. 9. tit. 1.° P. 7. y 3. tit. 8. P. 7.
(8) L. 8. tit. 9. P. 7.
(9) L. 9. tit. 1.° P. 7. y L. 4. tit. 19. P. 6.
(10) L. 6. tit. 1.° P. 4.
(11) L. 15. y 16. tit. 11. P. 3.
(12) L. 7. tit. 11. P. 3.

El heredero menor de 25 años, y mayor de 14 puede aceptar la herencia, y si conociese despues que le es gravosa, puede renunciarla, por no tener la edad cumplida cuando la recibió (1).

Los menores de 16 años no pueden hacer votos solemnes (2).

Hasta la edad de 17 años, no se impone la pena ordinaria del delito (3).

Los mayores de 18 años que fueren casados, pueden administrar sus bienes (4).

El mayor de veinte años puede ser testigo en causas criminales (5).

Los mayores de 20 años, pueden pedir venia de edad, y en esta provincia debe hacerlo ante el Gobierno (6).

El menor de 25 años, está escusado de la ignorancia del derecho (7).

El menor de 25 años no puede poner en juicio demanda alguna, ni responder sin su curador (8).

Sin autoridad de su tutor, no puede poner el pleito en manos de árbitros; pero siendo mayor de 14 años, y no teniendo guardador, debe pasar por lo que estos laudasen, sin perjuicio del beneficio de la restitucion (9).

Los menores de 25 años no pueden nombrar procurador para el juicio. (10).

Pueden, sin embargo, escusar en juicio al ausente (11).

Los menores no pueden perder sus cosas por tiempo (12).

---

(1) L. 13. tit. 6. P. 6.
(2) Conc. Trid. sec. 25. de ref. cap. 15.
(3) L. 8. tit. 31. P. 6.
(4) L. 14. tit. 1.° lib. 5. R.
(5) L. 9. tit. 16. P. 3.
(6) L. de 17. de Noviembre de 1824. Registro Oficial lib. 4. n. 13.
(7) Arg. de la L. 31. tit. 14 P. 5.
(8) L. 7 tit 2 P. 3.
(9) L. 25. tit. 4. P. 3.
(10) L. 2 tit. 5. P. 3.
(11) L. 12. tit 3 P. 3.
(12) L. 8. tit. 29. P. 3.

El menor de 14 años no puede ser testigo en causas civiles ni criminales (1).

El menor de 14 años no puede vender á su tutor ninguno de sus bienes sin consentimiento del juez, ó de los cotutores, siendo el contrato á beneficio del menor, y no en su daño (2).

El menor de 14 años no puede hacer compañía con otros (3).

El menor de 14 años no puede ser testigo en los testamentos (4).

Ningun heredero menor de 14 años que se hallare en poder de estraños, puede haber la herencia sin conocimiento de sus padres, ó de aquel en cuyo poder se halla, y si ocurriese el estar solo, debe preceder el consentimiento del juez. (5).

El menor de 14 años, no puede acusar á ninguno (6).

Los menores de 14 años que tomaren por fuerza cosa ajena, no caen en la pena de los forzadores (7).

La muger menor de doce años, y el baron menor de 14 no pueden hacer testamento (8).

La muger menor de 12 años, y el baron menor de 14, deben recibir tutor para que cuide y defienda sus bienes, aunque no le quieran ni le pidan (9).

El mayor de 14 años que no tuviere guardador puede obligarse, pero si le resulta algun daño, tendrà el beneficio de la restitucion (10).

---

(1) L. 9. tit. 16. P. 3.
(2) L. 4. tit. 5. P. 5.
(3) L. 1.ª tit. 10. P. 5.
(4) L. 1. tit. 1. P. 6.
(5) L. 13. tit. 6. P. 6.
(6) L. 2. tit. 1.° P. 7.
(7) L. 10. tit. 10. P. 7.
(8) L. 13. tit. 1.° P. 6.
(9) L. 1.ª tit. 16. P 6.
(10) L. 5. tit. 11. P. 5.

El mayor de 14 años puede obligarse teniendo guardador, en todo lo que es útil. (1).

El mayor de 14 años no puede repetir lo que perdiere en el juego, aun durante los ocho dias de la ley (2).

El menor de 25 años no puede dar sus bienes raices en dote aun con licencia de su curador; pero sì las cosas muebles, con autoridad de él (3).

Al menor de 25 años no se le puede pedir lo que se le prestase, à no ser que se pruebe que cediò en su provecho, y que tenia gran necesidad (4).

El menor de 25 años que prestase à otro menor, no puede cobrarle lo prestado, si no cedió en provecho del otro (5).

El que afianzare á un menor de 25 años y pagare por él, no puede luego demandar al menor (6).

Al menor de 25 años no se le puede pagar lo que se le debe, sino por mandado del juez; pues si de otro modo se hace, y el menor de cualquier manera perdiese la cantidad que se le ha entregado, no queda libre el deudor (7).

El menor de 25 años instituido heredero bajo de condicion, puede por si solo sin voluntad del curador, cumplir la condicion, y haber la herencia (8).

Si el menor de edad renuncia la herencia, puede aceptarla otra vez hasta pasados tres años, aun cuando las cosas de la herencia fuesen enagenadas (9).

El menor de 25 años instituido por heredero, aunque

---

(1) L. 4. tit. 11. P. 5. y l. 17. tit. 16. P. 6.
(2) L. 14. tit. 7. lib. 8. R.
(3) L. 14. tit. 11. P. 4.
(4) L. 3. tit. 1.º P. 5.
(5) L. 5. tit. 1.º P. 6.
(6) L. 4. tit. 12. P. 5.
(7) L. 4 tit. 13. P. 5.
(8) L. 15. tit. 4. P. 6
(9) LL. 18. y 20. tit. 6. P. 6.

no vengue la muerte del testador à quien sucediò, no por eso pierde la herencia (1).

Al menor de 25 años no le corre el término de la ley, para decir de inoficioso el testamento de su padre en que fué desheredado; y tiene el derecho de hacerlo hasta pasados 4 años despues de su mayoridad (2).

El menor de 25 años no puede ser tutor de otro (3).

El menor debe ser criado en el lugar en que su padre mandó, ó en poder de su madre, con tal que sea casta y no se case (4).

El menor que ocultare en su casa algun esclavo fugitivo, no incurre en la pena de la ley (5).

El menor de 25 años que haya heredado una escribanía ô adquirìdola por cualquier título, puede darla por tiempo de dos años contados desde el dia en que fuese suya, á otra persona para que la sirva (6).

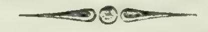
En los remates de ventas públicas no se admite postura ni puja de menores de 25 años (7).

No puede admitirse renuncia de oficios en los menores de 25 años (8).

---

(1) L. 15. tit. 7. P. 6.
(2) L. 4. tit. 8 P 6.
(3) L. 1 tit. 17. P. 6.
(4) L. 19. tit. 16. P. 6.
(5 L. 25. tit. 11. P. 7.
(6) L. 42. tit 20. lib. 2. R.
(7) L 6. tit. 10. lib. 9. R.
(8) L. 10. tit. 21. lib. 8. R.

LIBRO SEGUNDO.



TÍTULO I.

DE LA DIVISION DE LAS COSAS, Y DEL MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO,

PRIMERA PARTE.

ARTÍCULO 1.°

DE LA DIVISION DE LAS COSAS.

297. Hemos concluido ya el primer objeto del derecho: conviene à saber, *los derechos de las personas:* síguese el segundo, que es *los derechos de las cosas;* pero antes de tratarle es necesario esplicar varias divisiones de las cosas, y primeramente que entienden por *cosa* los jurisconsultos.

298. *Cosa*, en sentido jurìdico, es todo aquello que existe y trae ò puede traer alguna utilidad al hombre, ahora esté en su patrimonio, ahora fuera de él: asi, v. gr., el agua, el aire &c. son verdaderamente cosas, aunque no esten en el patrimonio de alguno. Por el contrario, las cosas que verdaderamente estan en nuestro patrimonio se llaman *pecunia*, y asi por este nombre no se entiende solamente la moneda acuñada, sino todo aquello que està realmente en nuestros bienes.

299. Las cosas, unas se dicen de derecho divino y otras de derecho humano. Las primeras son todas aquellas que se consagran ò dedican á Dios, ò á otros usos de la iglesia. Estas, aunque estan en cierto modo exentas del dominio

de los hombres, con todo, como existen y son de utilidad á los mismos hombres, se llaman *cosas*. Cosas de derecho humano son todas las que estan en el dominio y comercio de los hombres, v. gr., las casas, los campos, las bestias &c.

300. Las cosas de derecho divino se dividen en sagradas y eclesiásticas. Sagradas son todas aquellas que estan destinadas al culto público de Dios, como las iglesias, ornamentos, alhajas &c. (1)

301. De esta definicion se infiere: 1.° Que las cosas sagradas están fuera del dominio de los hombres, pues se tienen como donadas á Dios (2). 2.° Que no se pueden empeñar, vender, comprar, ni de otro cualquier modo enagenar. Para la observancia de esto han puesto graves penas los Reyes Católicos (3), estableciendo que ni aun ellos mismos puedan tomar la plata y alhajas de las iglesias, sino es en casos de grande necesidad, y obligándose á restituirlas sin diminucion alguna (4).

302. Cosas eclesiásticas se llaman aquellos bienes que estan destinados para sufragar los gastos que se hacen en las iglesias, y para el sustento ó manutencion de los ministros (5). No solamente de las cosas sagradas, sino tambien de estas está prohibida la enagenacion, á menos que se haga por causa de necesidad ó utilidad de la iglesia, ò para algun otro efecto piadoso, y siempre con licencia del superior eclesiástico, quien deberá conocer de la causa que motiva la enagenacion (6).

303. A las cosas sagradas se reducen en el dia los lugares religiosos, que son los cementerios donde se sepultan los ca-

---

(1) L. 13. tit. 28. P. 3.

(2) L. 12 tit. 28. P. 3.

(3) Leyes 5. y 6. tit. 5. lib. 1. del Fuero Real. Leyes 1. 2. y 4. tit. 2. lib. 1. de la Rec.

(4) Leyes 7. y 9. tit. 2. lib. 1. de la Rec.

(5) L. 12. tit. 28. P. 3.

(6) Leyes 1. y 2. tit. 14. P. 1. y 3. tit. 5. lib. 1. del Fuero Real.

dáveres de los fieles que han muerto en la comunion de la iglesia católica. Estos lugares son privilegiados y dignos de respeto, no solamente por estar enterrados allí los cuerpos de unos hombres que fueron templos vivos de Dios, sino tambien por estar benditos y destinados por la iglesia solamente á este uso piadoso.

304. En toda España hay costumbre muy antigua de que los fieles se entierren en las iglesias. Pero por una real cédula, en atencion á las epidemias esperìmentadas varias veces por el hedor que causan los cadáveres en las iglesias, se mandó (1) que se observen las disposiciones canónicas en la construccion de cementerios, segun lo mandado en el Ritual Romano (2), y una ley de Partida (3): que estos se hagan fuera de las poblaciones en sitios ventilados y cerca de las parroquias, y que solo se esceptuen de esta regla las personas espresadas en dicha ley, y aquellas por cuya muerte deban los ordinarios eclesiásticos formar procesos de virtudes ó milagros, las cuales se enterrarán en las iglesias.

305. Las cosas de derecho humano se dividen en comunes, pùblicas, de universidad y de cada uno (4).

ARTICULO 2.°

COSAS COMUNES.

306. Asi se llaman aquellas cuya propiedad es de ninguno, pero el uso es de todos, hasta de los animales, como el aire, la luz, y todas las que son inagotables por el uso (5). Una de estas cosas comunes es el mar ; y por eso, hablando con generalidad, ninguna nacion puede apropiarse con justo tìtulo su dominio. La naturaleza no ha concedido á personas determinadas el derecho de las cosas cuyo uso es ino-

---

(1) Real cédula de 3 de Abril de 1787 y de 27 de Marzo de 1789.

(2) Ritual Romano, *de Exequiis.*

(3) L. 11. tit. 13. P. 1. Real céd. de 15 de Mayo de 1804.

(4) L. 2. tit. 28. P. 3.

(5) LL. 2. y 3. tit. 28. P. 3.

cente y preciso, y cuya abundancia es suficiente para todos. La tierra no dá sin el cultivo todas las cosas necesarias ò ùtiles al género humano multiplicado excesivamente; y por eso fué preciso introducir el derecho de propiedad, à fin de que cada uno se aplicase à cultivar la parte que le tocaba, y á multiplicar por medio de su trabajo los frutos ùtiles á la vida humana. Esta es la razon porque el derecho natural ha aprobado su dominio y propiedad, juzgàndola necesaria para la utilidad pública; pero en la propiedad y uso del mar, que por su naturaleza no es perjudicial â alguno, y cuya utilidad es inagotable, parece no haber motivo para adquirirla. Mas siendo permitido renunciar cada uno sus derechos, no hay duda que por medio de tratados se puede adquirir el esclusivo de navegacion en algunos mares, ò de pesca, cediendo unas naciones en otras los derechos que tienen de la naturaleza. En este caso estan obligadas á observar lo prometido, y tiene facultad la nacion interesada de valerse de la fuerza à fin de que se le cumpla lo capitulado. Esto se verificaba en los mares de América, de los cuales competia el dominio al soberano de España, como lo prueba el Sr. Solórzano (1), y estaba reconocido en los tratados de paz con Inglaterra en Utrecht año de 1714, artìculo 8., y con Holanda en el mismo año, artículo 31, en virtud de los cuales se podia impedir la navegacion en estos mares á las naciones estrangeras, especialmente con título de comercio.

307. Lo dicho acerca de que el dominio no se adquiere por nacion alguna, se debe entender hablando generalmente de todo el mar, mas no de las costas marítimas, en cuyo uso se puede decir que admite el mar algunos derechos de propiedad. Nadie puede dudar que las pesquerìas, asi de perlas como de coral y de peces, hechas en las costas, pertenecen á aquella nacion que las habita, como bienes ane-

(1) Solorz. *de jure Ind.* tomo 1.

jos à las tierras de su dominio: tendrá, pues, derecho de impedir á otra la utilidad que disfruta (†).

308. Ademas de esto, la seguridad de las costas exige que se pueda impedir el acercarse à ellas navíos de otra nacion, estorbando por bien del estado este derecho natural de navegacion comun á todas las gentes. Esto se debe entender solo con los navios sospechosos, ò que estan en guerra; pero injustamente se usaria esta facultad con los neutrales, y mucho menos con los que arrojados por una tempestad buscan abrigo en los puertos, como no sean declarados por enemigos, y aun entonces se les debe tratar con la mayor humanidad.

309. No se puede determinar á punto fijo hasta que distancia una nacion debe estender sus derechos sobre los mares que la rodean. Lo mas cierto y regular es que la dominacion de un estado sobre el mar vecino puede estenderse á todo lo que necesite para su seguridad y resguardo, pues de otro modo no pudiera apropiarse una cosa comun como es el mar, à no ser con el fin legìtimo de su seguridad. Algunas naciones han querido apropiarse el imperio del mar, especialmente en algunas grandes porciones de él, como los Venecianos, que se atribuyen el del mar Adriático. El dia de hoy todo el espacio del mar à lo largo de las costas que está á tiro de cañon, se mira como parte del territorio de una nacion, y por esta causa un navio apresado bajo del cañon de una fortaleza neutral no se tiene por buena presa (1). (*)

(†) Azuni, Derecho marítimo art. 2.°

(1) Olm. Derecho púb. tit. 1. cap. 22.

* El derecho civil, respecto al dominio del mar ha variado siempre segun los intereses de las naciones. Los Españoles mismos á pesar de lo que se ve en sus leyes, han pretendido tener dominio en todos los mares de América, fundados en la Bula de Alejandro VI. de 1494. En unas instituciones de derecho civil no es posible tratar la materia en los términos que era preciso, y por esto, solo remitiremos á los lectores á las obras donde estensamente hallarán los principios de esta parte del

ARTÍCULO 3.º

COSAS PUBLICAS.

310. Se llaman aquellas cuyo uso pertenece á todos los hombres, y la propiedad solo al Prìncipe, como, por ejemplo, los rios, los puertos, y los muros y puertas de las villas y ciudades (1).

311. De esta definicion se sigue: 1.º Que de las cosas públicas pueden usar no solo los naturales del pueblo, sino tambien los estrangeros (2). 2.º Que aunque las riberas de los rios sean de aquellos cuyas son las heredades allí situadas, sin embargo no puede impedirse el que cualquiera ligue á los árboles de ellas sus embarcaciones, y haga cuanto le convenga á su arte ú óficio (3). 3.º Que no se puede edificar en el rio cosa que impida la navegacion; ni cosa alguna en los caminos publicos, plazas, calles &c. (4).

ARTÍCULO 4.º

COSAS DE UNIVERSIDAD Ó DE CONCEJO.

312. Estas son aquellas que pertenecen al comun de alguna ciudad ó villa separadamente (5). Se dividen en unas que

---

derecho público. Grocio en su *Mare liberum*, es el gefe de los que sostienen la libertad de los mares. Juan Seldeno por el contrario, seguido por Sarpi, Puffendorf, Wolfio y Heinecio, pretende en su obra *Mare clausum*, que el mar por derecho natural y de gentes no es comun á todos los hombres, y que puede ser poseido por soberanias particulares. Estas opiniones exageradas, nacidas mas de los intereses de la patria de cada autor, que de los principios del derecho pùblico, han sido reducidas á sus verdaderos límites por el Abate Galiani, de *Doveri dei Principi neutrali*, y por Azuni en su célebre *Derecho Maritimo*. En esta última obra se establecen las reglas mas conformes á todo derecho, sobre el alta mar, mares territoriales, golfos, costas, rios & &.

(1) L. 6. tit. 28 P. 3. leyes 20. tit. 32. P. 3, y 3. tit. 5. lib. 6. de la Rec., 3. tit. 6 lib. 7. de la misma.

(2) Dicha ley 6 tit. 28. P. 3.

(3) Dicha ley 6.

(4) L. 8. tit. 28. P. 3., y leyes 22. 23. y 24. tit. 32. P. 3.

(5) L. 2. tit. 28. P. 3.

son de uso comun á todos los vecinos, como los egidos y las plazas de las ciudades, y de estas no pueden usar los moradores de otro lugar contra el defendimiento de los ciudadanos (1); y otras que solo se administran por el ayuntamiento ò concejo de la ciudad, y sus frutos se destinan para utilidad del público. Las primeras se llaman *egidos, tèrminos públicos, montes, dehesas ó pastos*, de las ciudades, villas y lugares. Las segundas constituyen el patrimonio de la ciudad, y son los *propios, arbitrios y pòsitos.*

313. *Egidos.* Una de aquellas cosas cuya propiedad pertenece al comun, y el uso á cada uno de la ciudad, son los egidos. Egido se llama el campo que està á la salida de las ciudades, villas, pueblos y lugares, el cual no se planta ni se labra, y es comun á todos los vecinos. Su estension debe ser tanta, cuanta se necesite para que en el caso de que cresca la poblacion siempre quede bastante espacio para que la gente se pueda recrear, y salir los ganados sin hacer daño. Unas leyes señalan una, otras dos leguas á los egidos; pero esto debe ser arbitrario con atencion á las circunstancias de la grandeza de las ciudades, número de sus habitantes &c.

314. *Montes y têrminos pùblicos.* En el derecho se encuentran muchas disposiciones acerca de los montes y términos de las ciudades y villas, en atencion à ser muchas las utilidades que resultan de su conservacion, pues de ellos se ha de sacar la madera necesaria, asi para construir navios como para leña. En esta virtud está mandado que los àrboles no se corten por el pie para que puedan volver à criar, y que los campos sirvan para pasto comun de los ganados (2). Que en los téminos de las villas y lugares se planten montes y pinares donde haya mejores pastos y abrigos para los ganados, y abasto de la leña y madera, con el

(1) L. 9. tit. 28. P. 3.
(2) Casi todo el tit. 7. de la Rec. pero especialmente la ley 7.

fin de que los vecinos se puedan aprovechar de todo (1).

315. * Poco despues de la conquista de America, se mandò, que los montes, pastos, y aguas, fuesen comunes en las Indias (2). Igualmente, los montes pastos y aguas de los lugares de que se hubiese hecho merced, como tambien las tierras y heredades, alzados los frutos, eran comunes, escepto las dehesas concegiles (3). Los naturales de America podian libremente cortar la madera que gustasen de los montes sin que nadie les pusiese impedimento, con tal que lo hiciesen de forma que pudiesen crecer (4). Podian en los montes de fruta silvestre arrancar y llevar las plantas para ponerlas en sus heredades ó estancias (5). Pero por el aumento de poblacion y por el valor progresivo de los terrenos, parece que hoy no deben cumplirse con rigor estas disposiciones, sino en los campos desiertos que aun existen.

316. * Respecto á los caminos, el derecho de Indias está de acuerdo con las leyes mas antiguas. Cada uno puede caminar por donde quiera, y aunque los caminos pasen por tierras de propiedad particular, no pueden sus dueños cerrarlos ò impedir el trànsito (6).

317. *Propios y arbitrios.* Las cosas que pertenecen solo al concejo de la ciudad se llaman *propios y arbitrios.* Por este nombre entendemos *las heredades, casas ú otro cualquier género de hacienda que tienen las ciudades para los gastos pũblicos* (*).

318. De estas heredades ò bienes raices se sacan unos caudales, que en realidad de verdad se deben mirar co-

---

(1) L. 15. tit. 7. lib. 7. de la Rec.

(2) L. 5. tit. 17. lib. 4. R. I.

(3) L. 6. y 7. tit. cit.

(4) L. 14. tit. cit.

(5) L. 8. tit. cit.

(6) L. 2. tit. cit. y véanse los tit. 7. 8. y 9. lib. 43. Dig. LL. 1. 2., 3 y 4. tit. 6. lib. 4. Fuero Real L. 6, tit. 28. P. 3. L. 7. tit. 29. P. 3. y L. 5 tit. 26. lib. 8. R. C.

(*) Véase el tit. 13. lib. 4. R. I.

mo cosa sagrada, por estar destinados á objetos de utilidad publica.

319. Los gastos que se deben hacer con ellos, unos son *ordinarios*, se llaman *cargas fijas y ordinarias*, y otros *estraordinarios*. Los ordinarios son los que se hacen todos los años, asi en la administracion de justicia como en las fiestas votivas de los patronos de las ciudad, honorarios y salarios de capellan, asesor, escribano, porteros alcaides, médico, cirujano, maestro de primeras letras &c, y paga de usuras ó réditos de capitales que reconozcan sobre si los caudales de propios. Los gastos estraordinarios son aquellos que ocurren impensadamente, como matanza de langosta, peste &c.

320. Para arreglar los gastos de propios se debe conocer préviamente su verdadero valor, y el de las obligaciones y cargas ordinarias á que estan afectos procurando que la asignacion de cantidades que se deben invertir se haga con respecto al valor del total de los fondos, y siempre quede algun sobrante anual que sirva á redimir sus censos, si los tuviere, y á otros fines como luego veremos (†).

321. Los sobrantes de propios á mas de servir para los gastos que hemos dicho, estan destinados á diversos obgetos bastante interesantes. Estos son: 1.° Descargar ô estinguir los arbitrios establecidos para socorrer las urgencias, por ser muy gravosos al pùblico. 2.° La manutencion de los reos pobres, que debe costearse de dichos sobrantes. 3.° El costo del papel sellado que se consume en lás causas de pobres y de oficio. 4.° Fomentar y sostener el establecimiento y propagacion de la vacuna. 5.° Comprar fincas útiles con que se aumenten los fondos. (‡).

322. Para que estos no se inviertan en cosas menos útiles ó no necesarias, está prohibido gastar de los propios en recibimiento de obispos, presidentes ni oidores, pena de no re-

(†) Artículo 3 de la instruccion de 3 de Febrero de 1745. inserta en la Real provision de 1760.

(‡) Articulo 17. y 18.

cibirse en cuenta á los cabildos lo que asi gastaren. No solo deben hacerse gastos ni imponerse cargas à los propios que no esten fundados en leyes y reales disposiciones, pero aun las que lo estân deben moderarse ô escluirse siendo escesivas, para que el fondo de estas rentas pueda sufragar y cubrir los principales y mas interesantes objetos á que estã destinado (§) (*).

323. Finalmente, para el aumento y mejor adminstracion de los propios de las ciudades, està mandado que las rentas ó fincas de ellos se rematen y den en arrendamiento á los mejores postores (†); que al remate asista un oidor, y el síndico del ayuntamiento, y que se dé cuenta à S. M. de cuanto ocurra por el Ministerio de Gracia y Justicia (‡).

324. *Arbitrios* se llaman aquellos derechos que las ciudades ò pueblos que carecen de suficientes propios imponen con facultad real sobre el vino, aceite, azucar, carnes y demas cosas de necesidad, exijiéndolos de los consumidores y compradores hasta en competente cantidad para satisfacer las cargas y gastos que contra sì tienen.

325. De los arbitrios, unos se conceden por cierto tiempo, y otros perpetuamente, y de ellos se debe decir lo mismo que de los propios, pues tienen un mismo fin y destino (‡‡).

ARTICULO 5.

DE LAS COSAS DE CADA UNO.

326. Las cosas de cada uno son aquellas que están en el

(§) L. 4 tit. 13. lib. 4 R. I. y art. 6. cap. 12 Ordenanzas de Cabildo.

(*) En Buenos Aires, estando consolidadas las rentas y deudas públicas (Registro Oficial libro 1.° n. 14) la tesoreria de la Provincia paga lo que se invirtiese en aquellos objetos á que estaban destinados los propios y árbitros, cuya administracion pertenecia á los cabildos. (Registro Oficial libro 1.° n. 16)

(†) L. 3. tit. 13, lib. 4. R. I.

(‡) L. 8. tit. cit.

(‡‡) Vèase la instruccion de 3 de Febrero de 1745.

adtrimonio de cada particular; ò verdaderamente, como si en la actualidad tiene dominio en ellas (1), ò por ficcion, como cuando el derecho finje que una cosa está en dominio, no teniendo señor alguno, v. g., la herencia yacente (†).

327. Otra division hay de las cosas en corporales è incorporales, y de ellas se tratará en el título 2.° Las primeras son las que se pueden ver y tocar: estas se dividen en muebles y raices: muebles son las que pueden moverse por sí mismas, ó pueden ser movidas por el hombre de un lugar à otro, y raices son las que no se pueden mover naturalmente ni por sí ni por los hombres (2). Las cosas incorporales son las que ni se pueden ver ni tocar, y son los derechos y acciones (3).

PARTE SEGUNDA.

DEL MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

328. Como el dominio es la primera especie de derecho en la cosa, antes de él, y del modo de adquirirle, es necesario esplicar: 1.° qué sea *derecho en la cosa, y á la cosa*, y cuantas especies haya de uno y otro: què es dominio, y como se divide: 3.° què cosa es modo de adquirir dominio: 4.° como se dividen, y cuantos son los modos de adquirirle.

ARTÍCULO 1.°

QUE SEA DERECHO EN Y A LA COSA.

330. El primero es una facultad que compete al hombre en una cosa cierta y determinada sin referencia à persona alguna (4). El segundo, por el contrario, es la facultad

(1) L. 2. tit. 28. P. 3.
(†) L. 3. tit. 13. lib. 4. R.
(2) L. 4. tit. 29. P. 3. * L. 10. tit. 33. P. 7. y 1.ª tit. 17. P. 2.
(3) L. 1. tit. 30. P. 3.
(4) Arg. de la ley 13. tit. 11. P. 3

que tiene una persona contra otra para obligarla á que le dé, ò le haga alguna cosa (1).

331. Las diferencias de uno y otro derecho son claras: 1.° cuando tengo derecho *en la cosa*, la cosa es la que me está obligada: y cuando tengo derecho *á la cosa*, la persona.

332. 2. Por el derecho *en la cosa* pido lo que ya es mio y por el derecho *á la cosa* pido que se me de, ó se me haga aquello que otro està obligado á darme ò hacerme (†).

333. 3.° Del derecho *en la cosa* nacen acciones reale contra cualquier poseedor; y del derecho *á la cosa* solamente personales contra aquella persona determinada con quien traté. Con un ejemplo que se ponga de alguna cosa en que se tiene dominio, pérdida ò hurtada, y otra comprada y no entregada, se verá clara la distincion de ambos derechos.

334. De derecho *á la cosa* no hay mas que una especie, y es la *obligacion*; pero de derecho *en la cosa* hay varias. Cuatro se enumeran comunmente: *dominio*, *herencia*, *servidumbre* y *prenda*.

ARTÍCULO 2.

QUE SEA DOMINIO Y SUS DIVISIONES.

335. La primera especie de derecho en la cosa dijimos que se llamaba dominio: éste es *el derecho en una cosa corporal del cual nace la facultad de disponer de ella y de vindicarla, si no es que lo impida ley, convencion ó voluntad de testador* (2).

336. Se dice *derecho en la cosa*, porque al señor le está de tal suerte obligada la cosa, que la puede estraer de cualquiera poseedor. Debe ser en cosa precisamente *corporal*, porque las incorporales no estan en *dominio* sino en los *bienes* (‡). Se dice ademas, *del cual nace la facultad de disponer de la cosa y de vindicarla*, porque el que es señor tiene en primer

(1) Arg. de la ley 33. tit. 5. P. 5.
(†) L. 7. tit. 15. P. 5. y L. 11. tit. 14. P. 5.
(2) L. 1. tit. 28. P. 3. * L. 27. tit. 2. P. 3.
(‡) Arg. de la ley 1. tit. 30. P. 3.

lugar la facultad de disponer de sus cosas, usando de ellas con esclusion de cualquiera otro: la puede donar, vender y transferir â otro como quisiere; y tiene en segundo lugar la facultad de vindicarla, esto es, estraerla de cualquiera poseedor (*). Pero con todo, para varios casos se añade en la definicion, *si no es que ley, convencion ó voluntad de testador lo impida. Ley*, v. gr.: esta impide que vindiquemos las cosas que ya nos han prescripto (†). *Convencion*: esta prohibe al feudatario enagenar el fundo, aunque sea dueño de él. *Voluntad de testador*; y ésta, finalmente, prohibe la enagenacion de una cosa dejada por el testador con la condicion de nunca enagenarla (‡).

337. El dominio se divide en *pleno* y *ménos pleno*. El primero es cuando la falcultad de disponer de la cosa y la de usarla estan juntas en una persona. El segundo se dá cuando estos derechos estan separados, de suerte que una persona tenga el uno, y otra distinta el otro; por ejemplo: en el feudo el vasallo tiene el derecho de percibir las utilidades de la cosa, pero no la de disponer á su arbitrio de ella, sino que está dividido entre el señor y el vasallo, de manera que este no puede enagenar el fundo, ni hipotecarle sin el consentimiento del señor; luego ninguno de los dos tiene dominio pleno, sino menos pleno.

338. Este dominio menos pleno se divide en directo y ùtil; aquel que tiene la facultad de disponer de la cosa tendrá el dominio directo, y aquel que disfruta solamente sus utilidades el dominio ùtil. El enfiteusis nos servirá de ejemplo: el señor del enfitèusis tiene el dominio directo, y el enfitéuta el dominio ùtil (1). Veamos ahora.

(*) L. 33. tit. 5. P. 5.

(†) L. 1. y siguientes tit. 29. P. 3.

(‡) Véase el tit. 4. P. 6.

(1) L. 1. tit. 28. P. 3. * L. 28. tit. 8. P. 5.

ARTÍCULO 3.°

QUE COSA ES MODO DE ADQUIRIR DOMINIO.

339. Es digna de notarse la distincion que se encuentra entre el *título y el modo de adquirir dominio*, y debe tenerse presente para todo lo que se tratará adelante. Todo dominio tiene dos causas, *próxima* y *remota*. Próxima es aquella por la cual, sin mediacion de otra cosa, se consigue el dominio; y remota se llama la que debe preceder, y mediante la cual se adquiere; v. gr., si yo compro una alhaja de Ticio, y este me la entrega, adquiero dominio. En este caso la tradicion es la causa próxima, y el contrato de compra es la remota. La causa próxima se llama *modo de adquirir*, y la remota *título* (1).

340. Los efectos de estas dos cosas son tambien diferentes: 1.° Por el título solamente se adquiere derecho *á la cosa*, y por el modo de adquirir, *en la cosa*. 2.° El título solo dá accion *personal* contra aquel con quien tratamos, y el modo de adquirir la da *real* contra cualquiera poseedor. Sirva, pues, de regla general que *el título nunca dá derecho en la cosa, si no se le junta la tradicion*. Luego aunque yo haya comprado alguna cosa, ó se me haya donado ó legado, no soy señor de ella antes que se verifique la entrega que es la que solamente transfiere el dominio, ó el derecho en la cosa, siempre que precede tìtulo hábil para transferir el dominio; luego ni el tìtulo basta sin tradicion, ni la tradicion sin título.

341. Esto no obstante se encuentran algunos casos en los cuales se dá derecho en la cosa sin tradicion, por no ser esta posible.

342. 1.° En la hipoteca. Esta no se entrega al acreedor como las otras prendas, y sin embargo produce derecho en la cosa por solo el pacto sin tradicion, verificándose que el

---

(1) Arg. de las LL. 46 y 47. tit. 28, P. 3.

acreedor tiene accion real, aunque no haya recibido ni posea la cosa hipotecada (*).

343. 2.º En las servidumbres negativas. Las servidumbres son derechos, y estos son cosas incorporales en que por su naturaleza no se puede verificar tradicion, sino *cuasi tradicion*. Esta cuasi tradicion consiste en el ejercicio del uno, y la tolerancia del otro; v. gr., si uno me prometió servidumbre de camino por su fundo, y yo en esta virtud voy, ando y ejército la dicha servidumbre, entonces se dirà que esta se me *cuasi entregó*. Pero esto solamente puede tener lugar en las servidumbres afirmativas, como de goteras, camino, desagüe y otras semejantes; mas no en las que se llaman negativas, porque en ellas es imposible que se verifique tradicion, ni cuasi-tradicion; v. gr. si yo prometo á Ticio la servidumbre de no levantar mis paredes, en este caso no tengo que entregarle, ni èl que ejercitar, sino que por solo el pacto que precediò tiene derecho en la cosa, es decir, con solo el tìtulo (*).

344. 3.º La cosa adjudicada por los tres juicios divisorios; y asi en estos por el hecho de adjudicarse la cosa, y sin que preceda tradicion, se adquiere el dominio. Luego al coheredero, ó al señor del fundo comun, ó al vecino de cuyo fundo se señalan los límites, pasa el derecho en la cosa al punto que se le adjudica (†).

345. 4.º Las adquisiciones por testamento son la última escepcion, y la razon consiste en que la tradicion se debe hacer por el señor, y el muerto no puede entregar cosa alguna. Luego el heredero lo será sin tradicion (‡).

ARTÍCULO 4.º

COMO SE DIVIDEN, Y CUANTOS SON LOS MODOS DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

346. Los modos de adquirir el dominio unos tienen su

(*) Véase en el libro 3. Apéndice sobre hipotecas.
(*) L. 1. y siguientes tit. 30. P. 3.
(†) L. 10. tit. 15. P. 6.
(‡) L. 47. tit. 28. P. 3. L. 34. y 48. tit. 9. P. 6. L. 2. y sig. tit. 14 P. 6.

origen del derecho natural y de gentes, y estos son comunes à todas las naciones: otros se derivan del derecho civil, y se diferencian segun las leyes de los pueblos. La tradicion, v. gr, es un modo de adquirir comun á todas las naciones: por el contrario la prescripcion, ò no la conocen, ó á lo menos guardan en otros reinos distintas reglas que en España; de donde se infiere que la tradicion es un modo de adquirir por derecho de gentes, y la prescripcion por derecho civil.

347. Los modos naturales de adquirir, unos se llaman *originarios* y otros *derivativos.* Si adquirimos una cosa que no está en dominio de otro, como una fiera, un pez &c., será modo de adquirir originario; pero si una cosa que està en dominio de otros se nos transfiere y entrega por su dueño, será derivativo; v. gr., el comprador que adquiere el dominio de la cosa comprada. En los mismos modos originarios se encuentra todavia una subdivision oportuna, porque, ó adquiero la sustancia misma de la cosa, ò su aumento y frutos: en el primer caso serà un modo de adquirir perfectamente originario, y en el segundo serà menos perfecto; por ejemplo: si alguno toma un enjambre de abejas en el monte, y le encierra en su colmena, este modo de adquirir será perfectamente originario, porque, lo que ha adquirido es la sustancia misma, las abejas, haciéndose despues tambien dueño de la miel que fabrican; y aqui tenemos otro modo de adquirir originario, aunque no tan perfecto como el primero, á causa de que por él se ha hecho dueño del aumento y frutos de la cosa.

348. Con lo dicho se infieren claramente los modos naturales que hay de adquirir. Uno es originario perfecto, y este se llama *ocupacion*: otro hay originario menos perfecto, y este se llama *accesion*; y otro derivativo, que se llama *tradicion*.

ARTÍCULO 5.º

DE LA OCUPACION, PRIMER MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

349. La ocupacion es *la aprehension real de una cosa*

corporal de ninguno con animo de adquirirla para sì (1). Se llama *aprehension real* la ocupacion, y ésta debe ser tal cual lo requieran las circunstancias de la cosa; v. gr., que tome la fiera, que ponga los pies en el fundo &c. Pero se añade, *con ânimo de adquirirla para sì*, porque si falta este, por la sola aprehension nada se adquiere, de la misma suerte que el ánimo solo no basta sin la aprehension: si un loco, v. gr., levanta del suelo una piedra preciosa, no la hace suya, porque le falta el ánimo de adquirir: por el contrario, si uno desde lejos ve una piedra preciosa en la ribera y tiene intencion de tomarla, no la hace suya si otro que estaba mas cerca la levanta primero y la aprehende: se añade finalmente, que la cosa debe ser *de ninguno*, porque si ya tuviere dueño, será hurto y no ocupacion. De aqui nacen tres axiomas que sirven en toda la materia de ocupacion.

350. 1.° *Las cosas que son de ninguno, ceden al primero que las ocupa* (2). Pero una cosa puede ser de ninguno ò *por naturaleza*, como una fiera en el monte. *ó por tiempo*, como un tesoro de cuyo dueño no hay memoria, ó porque su primer dueño ha querido abandonar su cosa y escluirla del número de sus bienes (3). Para todos estos casos vale el axioma sobredicho: *lo que es de ninguno, cede al primero que lo ocupa.*

351. 2° *La ocupacion se debe componer de ánimo, y aprehension ó acto corporal* (4). La razon es, porque mientras que la cosa no se toma, no hay motivo para decir que pertenece mas á uno que á otro; y si no hay ánimo ó intencion de apropiársela, el ácto no es humano, y asi no puede producir efecto alguno civil (5).

---

(1) L. 17. tit. 28. P. 3.
(2) L. 5. tit. 28. P. 3.
(3) LL. 49. y 50. tit. 28. P. 3.
(4) L. 49. tit. 28. P. 3. (*) L. 6. tit. 30. P. 3.
(5) LL. 17. 20. 49. y 50. tit. 28. P. 3.

352. 3.° *Aquellas cosas cuya posesion no se puede conservar tampoco se pueden ocupar.* Y es la razon porque de nada aprovecha haberlas tomado sino puede retener la posesion.

353. Las especies que hay de ocupacion son trer: *caza, ocupacion bélica ê invencion. Caza* se llama la aprehension de bestias fieras, y como estas ó son cuadrúpedos, ó aves, ò peces, de aqui nace que la *caza* es de tres maneras: caza propiamente dicha, que es la de cuadrúpedos; caza de aves, y pesca de animales del agua (1). *Ocupacion bélica* (*) es la aprehension de las cosas de los enemigos en guerra; y la *invencion*, que es de cosas muebles, que ô no han estado en dominio de alguno, ó si lo estuvieron fueron abandonadas por sus dueños. Asi se adquieren las perlas y otras piedras preciosas que arroja el mar.

354. La primera especie de ocupacion dijimos que era la *caza*; y siendo esta de bestias fieras, veamos cuales lo sean, de quê manera se hacen nuestras, y como perderemos su dominio.

355. Las bestias se dividen en fieras, mansas y amansadas. Fieras son aquellas que no se toman sino por fuerza, y cuando se van no tienen ánimo de volver; v. gr., un pájaro, un leon. Mansos son los animales domésticos que van y vuelven, como los perros, gallinas, &c. Amansados son aquellos que por su naturaleza son salvages, pero criados en las casas se amansan, como los pavos, las palomas monteses &c. (2). De todas estas especies de animales solo los feroces se pueden ocupar por la caza (3), no los mansos, ni amansados.

356. Como hemos dicho que las cosas que son de ninguno, ceden al primero que las ocupa, se infiere claramente que las fieras luego que alguno se apodera de ellas las hace suyas (4).

(1) L. 17. del mismo tit.

(* L. 20. tit. 28. P. 3. y todo el tit. 26. P. 2. *

(2) LL. 17. 19. 23. y 24. tit. 28. P. 3.

(3) L. 22. tit. 28. P. 3.

(4) L. 17. tit. 28. P. 3.

Pero esto se ha de entender conforme á derecho. Se supone que las fieras son cosas de ninguno, lo cual, atendido el derecho de gentes, no tiene duda; pero como en todos los reinos que han sido adquiridos por conquista, ò por sucesion hereditaria, nada hay que sea de ninguno, sino que todo se halla ocupado por el Príncipe, de aquí nace que en el reino de España, que ha sido adquirido de los modos dichos, todo está ya en el dominio del Rey, y asi puede privar á los particulares del uso de todas aquellas cosas que en otras circunstancias fueron de ninguno, ó imponer leyes que le arreglen.

357. Segun este principio está concedida la facultad de cazar y pescar con varias limitaciones: 1.ª que no se caze en tiempo de cria: 2.ª que no se armen cepos grandes en los montes: 3. que para la pesca no se use de cal viva, tosigo, veneno, ù otras cosas perjudiciales (1).

358. En América hay otra especie de pesca, que es la de perlas. Esta se halla concedida por el Rey, tanto à los españoles como á los indios (2), pagando á la Real Hacienda el quinto de las que pescaren, y sacando licencia del gobernador y oficiales reales de la provincia; pero las que fueren muy buenas deben ser para el Rey por su justo precio (3). La justicia de estos derechos se infiere de lo dicho arriba. Queda, pues, sentado que todo aquel que tuviere derecho de pescar ó cazar hace suyo lo que prende, porque lo que no es de ninguno, cede al primero que lo ocupa.

359. Del mismo modo se infiere que se pueden prender las fieras aun en el fundo ageno (4); pero esto se entiende con dos condiciones: la primera que no haga daño á las

---

(1) LL. 1. 2. 6. y 9. tit. 8. lib. 7. de la Rec.
(2) LL. 29. y 30. tit. 25. lib. 4. Rec. de Indias.
(3) L. 29. tit. 25. lib. 4. Rec. de Indias.
(4) L. 17. tit. 28. P. 3.

siembras; y la segunda que no se lo prohiba el señor del fundo, porque si se lo impidiere, como puede, en virtud del dominio que tiene en su cosa, todo cuanto cazare debe ser del dueño del fundo, que le impidiò la entrada ò la caza (1).

360. Por la razon contraria no se pueden cazar las bestias mansas ni amansadas, pues estas tienen dueño, y serà hurto el aprenderlas (2).

361. Aunque hemos dicho arriba que para la ocupacion es absolutamente necesaria la aprehension, con todo, por nuestro derecho el que hirió la fiera es dueño de ella mientras la sigue, y ningun otro la puede prender y ocupar, como dispone la ley de Partida (3), tenièndose desde luego en este caso por ocupada ya por el cazador (4). La regla que tenemos para saber hasta cuando permanecerán en nuestro dominio las fieras es esta: mientras que la fiera no ha recobrado su natural libertad es nuestra; si se huye y escapa de la guarda en que la teniamos la perdemos, y es del que primero la agarre (5).

362. Por lo que hace à las amansadas, serán nuestras mientras conservaren la costumbre de ir y volver à la casa de su dueño; pero si la perdieren y ya no volvieren, perderá su dueño el dominio que en ellas tenia, y las podrà ocupar cualquiera que las encuentre (6).

363. La segunda especie de ocupacion dijimos que se llamaba *ocupacion bélica*, y es la aprehension de las cosas de los enemigos en la guerra (7), por fingir el derecho que son de ninguno respecto del otro enemigo. De aqui se deducen varias conclusiones.

364. 1ª Todo lo que se toma de los enemigos se hace nu-

(1) Dicha ley 17. tit. 28. P. 3.
(2) L. 24. tit. 28 P. 3.
(3) L. 21 tit. 28. P. 3.
(4) L. 16. tit. 4. lib. 3. del Fuero Real.
(5) L. 23. tit. 28. P. 3.
(6) La misma ley 23. del mismo tit. al fin.
(7) L. 20. tit. 28. P. 3.

estro (1). Decimos que lo que se toma de los *enemigos*, porque este derecho no tiene lugar en las guerras civiles.

365. 2.ª El enemigo tiene derecho de recobrar sus cosas que le han sido tomadas, pues nosotros somos tambien enemigos suyos; y asi, si las recobra no comete hurto.

366. 3.ª El dominio de las cosas quitadas à los enemigos se adquiere habiéndolas tenido una noche, ò puéstolas en seguridad durante el dia, y con las mismas condiciones adquieren ellos el de las cosas que nos toman; de suerte que si otro de los nuestros se las quita despues de haber trasnochado en su poder, ò despues de que ellos las hayan asegurado, no deben ser del que primero las perdió sino del que las rescatò (2). Pero esto tiene lugar cuando la guerra ô corso es por tierra, porque si fuera por mar no se adquieren las cosas hasta llegar al puerto y asegurarlas (3). La razon de la variedad de estos derechos es porque en tierra es mas fácil asegurar las cosas que en el mar, en el cual, mientras no se llega al puerto, pueden venir los enemigos al alcance y recobrar lo perdido, pues tienen derecho á ello como hemos dicho (a)

367. 4.ª La presa que se toma en la guerra, sea por mar ò por tierra, no es de los soldados que despojan à los enemigos, sino de aquel à cuya costa se hace la guerra (4) y siempre es del Rey la quinta parte de todo lo mueble, aun cuando no la costee, y todas las ciudades, villas y demas raices que se ganaren (5) le pertenecen enteramente.

368. Pero deseando el Rey de España la seguridad de

(1) L. 1. tit. 26. P. 2.

(2) L. 26. tit. 26. P. 2.

(3) L. 13. tit. 9. P. 5.

(a) La adquisicion de las ciudades, villas, lugares &c. y demas raices no tiene efecto hasta que se confirma por los tratados de paz, pues mientras dure la guerra no ha perdido su soberano la esperanza de recobrarlas, ni el derecho sobre ellas. Olm. tomo. 2. lib. 2. cap. 11.

(4) LL. 27. y 29. tit. 26. Part. 2.

(5) LL. 4 y 5 tit. 26. P. 2. y ley 20. tit. 4. lib. 6. Rec.

las embarcaciones de sus vasallos, ha procurado fomentar á los que se aplican á hacer el corso, y á mas de dispensarles su proteccion y auxilios para el armamento y habilitacion de sus buques, recompensas de honor á los que se distinguieren en acciones particulares, dando gratificaciones á los que lograren ventajas sobre los enemigos, ha cedido cuanto le pertenece por razon de su quinto de las mismas presas; de suerte que en los corsarios se verifica que cuanto quitan á los enemigos lo hacen suyo (1).

369. La tercera especie de ocupacion es la *invencion* que segun dijimos es la aprehension de las cosas muebles, que ó nunca han sido de alguno, ò fueron abandonadas por su dueño (2). En la invencion, pues, se requiere: 1.° ánimo de adquirir: 2.° aprehension verificada con acto corporal; y 3.° cosa mueble de ninguno. De este modo se hacen nuestros el oro, piedras preciosas, perlas y demas que se encuentran en las riberas del mar ò de los rios (3).

370. Asi mismo se hacen nuestros los tesoros. Tesoro se llama un depòsito muy antiguo de dinero, de cuyo dueño no hay memoria. De donde se infiere que si la moneda encontrada es de nueva fábrica, no es de los tesoros de que hablamos, ni adquirirá cosa alguna el que la encuentre, pues ò existirá su dueño, ó sus herederos, á quienes se debe entregar.

371. Por lo que hace á los tesoros, el que supiere que los hay en la villa ó lugar donde mora lo debe hacer saber por ante escribano á la justicia de aquel lugar; y si se hallare, se le debe dar por galardon la cuarta parte de lo que asi se encuentre (4).

372. Las minas estan declaradas por propias del Rey,

---

(1) L. 21. tit. 4. lib. 6. Rec. Real cédula de 1.° de Julio de 1779, artíc. 46. y la ordenanza de 12. de Octubre de 1796, y la adiccion de 21 de Mayo de 1799.

(2) Arg. de las leyes 5. y 49. tit. 28. P. 3.

(3) L. 5. tit. 28. P. 3.

(4) L. 1. tit. 13. lib. 6. Rec.

asi por su naturaleza y orìgen, como por su reunion á la corona (1). Sin separarlas de su real patrimonio las tiene concedidas á sus vasallos en tal propiedad, de tal manera que puedan venderlas, permutarlas, arrendarlas, donarlas, ò de otra cualquiera manera enagenarlas (2), entendiéndose esta concesion bajo la calidad de pagar el quinto de todo el oro y plata que se sacare fuera de los gastos (3). Tambien deberá pagar el que descubriere mina el terreno que ocupare, sea del comun ó de algun particular, y los daños que se sigan á tasacion de peritos (4).

373. Advièrtase que los bienes mostrencos, que son aquellos cuyos dueños se ignoran, no pertenecen á la invencion, pues hechas las diligencias prevenidas, y tenida la cosa de manifiesto, y pregonada una vez cada mes por el espacio de un año (*), no pareciendo su dueño se entregarà à la càmara y fisco del Rey (5).

374. * En Indias se podian dar licencias generales para buscar tesoros, tratando antes con los Vireyes, Presidentes y Gobernadores sobre la parte que habia de tener el que los descubriese, y dando fianzas bastantes de satisfacer los daños y menoscabos que se siguieren â los dueños de las casas ò heredades en que se presumiere que existian (6). Podria ser esto conveniente en los primeros tiempos de la conquista; pero creemos que hoy nadie obtendria tal permiso. Los tesoros que se hallasen en las sepulturas, templos, adoratorios, &c. de los indios, era la mitad para el Rey despues de sa-

---

(1) L. 4. tit. 13. lib. 6. Rec., y Real ordenanza de minas de 1783, tit. 5. art. 1.

(2) Dicha Real ordenanza de minas, tit. 5 art. 2.

(3) Art. 3. y 14. del tit. 6, de idem.

(4) Véase el art. 14. del tit. 6 de idem.

(*) Un año y dos meses dice el artículo 4.° de la instruccion sobre bienes mostrencos que acompaña al decreto de 27 de Noviembre de 1785. En ella puede verse el modo de seguir este juicio.

(5) LL. 6. y 7. tit. 13. lib. 6. Rec.

(6) L. 1 tit. 12. lib. 7. R. I.

car los derechos del quinto, y la otra mitad para el que los descubriese; no reputàndose como tesoro hallado lo que los indios tuviesen guardado ó escondido por temor ú otra causa (1). Respecto á los ganados de los cuales no aparece el dueño, manda la ley de Indias (2) que se pregonen, y si no consta de quienes son, que se apliquen á la Câmara. Igualmente los depòsitos que aparecen sin dueño se declaran por bienes vacantes; pero es digno de advertir lo que la ley encarga á los jueces, porque puede aplicarse â todos los bienes mostrencos. "*Considerando*, les manda á los Vireyes &c., *que aunque el beneficio de nuestra real hacienda es uno de los puntos mas substanciales de su gobierno, siempre han de proceder con toda justificacion, no poniendo la atencion en lo ùtil sino en lo lícito; y si despues parecieren las partes lejítimas y justificaren su derecho, se les guarde justicia (3).*"

ARTÍCULO 6.°

DE LA ACCESION, SEGUNDO MODO DE ADQUIRIR EL DOMINIO.

375. El segundo modo de adquirir originario se llama *accesion*: esta es un *derecho de adquirir lo que se aumenta ó junta á nuestra cosa.* La razon en que se funda esta adquisicion es, porque es muy natural que de quien es lo principal sea tambien lo accesorio; v. gr., de quien es el árbol, de èl es el fruto. La accesion es de tres maneras: *natural*, que proviene de obra de sola la naturaleza, como el feto de un animal: *artificial*, que es un aumento causado á nuestra cosa por sola la industria, como si alguno escribe en nuestro papel; y *mixta* cuando concurre la naturaleza y la industria á producir algun aumento, por ejemplo, en un campo sembrado y cultivado.

376. La accesion puramente natural tiene varias espe-

---

(1) L. 8. tit. cit.
(2) L. 11. tit. 5. lib. 5. R I.
(3) L. 7. tit. 12. lib. 8. R. I.

cies, y son el feto, la isla, el aluvion, la fuerza del rio y la mutacion de madre.

377. El feto es una especie de accesion que resulta por la generacion de una sustancia animada, y se ha tenido siempre por parte de la madre, y como una accesion suya, y de aqui resulta el axioma siguiente: *todo lo que nace de un vientre que estâ en nuestro dominio es nuestro.*

378. De donde se infiere que todo lo que nace de un animal es del dueño de este, es decir, de aquel que lo tiene en su dominio; v. gr., el ternero es del Señor de la vaca, y al Señor del Toro nada se le debe, sino es que haya pacto entre los dos Señores, ó costumbre de pagar alguna cosa en este caso (1).

379. La segunda especie de accesion natural es la isla que nace de nuevo. Esto puede acaecer en un rio, ó en el mar, ó dividiendose el rio, y uniêndose mas abajo. La isla que nace en el rio se considera como accesoria á las heredades que estân situadas á una y otra parte de las riberas. Esto se ha establecido asi desde luego, porque esta isla se considera que resulta de la tierra que las corrientes del rio han llevado à aquellas heredades. Y asi, si nace en el medio del rio, los que poseen fundos en uno y otro lado la dividen segun sea el tamaño de sus fundos à proporcion (2). Si la isla se acerca mas â una ribera que â otra, de suerte que esté en la una mitad del rio, la dividirân entre sì solamente aquellos que tienen sus heredades á esta parte; y siempre que ni estè en el medio, ni á un lado perfectamente, se hará la medida y division con proporcion al tamaño de las heredades y al lugar de la isla (3).

380. La que nace en el mar será muchas veces de ninguno, siendo este comun (4); pero si apareciere en el mar ocupado por algun Principe, será de este, por ser regla ge-

(1) L. 25. tit. 28. P. 3.
(2) L 27. tit. 28. P. 3.
(3) L. 27. del mismo tit. y P.
(4) L. 29. de dicho tit. y P.

neral que el dueño de lo principal lo es tambien de lo accesorio.

381. Aluvion y fuerza del rio. La tercera y cuarta especie de accesion natural es el acrecimiento que los rios causan poco à poco y sin sentir, y el que resulta de una avenida repentina. En el primer caso, esto es, cuando poco á poco sè aumenta algo á mi heredad por el rio, ninguno puede saber de que campo lo ha llevado para añadírselo al mio, por lo cual el aumento que resulta en este caso cede al campo á que se allega (1). Por el contrario, si el rio violenta y repentinamente arranca una parte á la heredad vecina y la añade á la mia, puede el dueño de la heredad disminuida vindicar esta parte que le ha llevado la fuerza del rio. Luego no se hará dueño de este aumento el señor de la heredad aumentada, sino es por prescripcion, si el dueño no reclamare la parte arrancada, y mientras tanto se arraigaren los árboles en el fundo á que fueron llevados (2). Mas lo que se ha dicho del aluvion solo tiene lugar en los campos que no tienen mas lìmites que el rio, á que llaman *arcifinios*, pues si fueren de los que tienen cierto límite, lo que se les aumentare será público.

382. La ùltima especie de accesion es la mutacion de corriente de los rios, que sucede cuando toman nuevo camino y dejan seco el antiguo. En este caso todo aquel espacio que ocupaba antes el rio se considera como accesorio de las tierras contiguas: y asi le dividen entre sí á proporcion del frente de cada uno de los campos (3).

383. Hemos visto ya las accesiones naturales: síguense ahora las puramente industriales. De estas hay tres especies, y son *adyuncion*, *especificacion y conmistion*. Adyuncion es cuando la cosa agena se junta á nuestra materia, y esto puede ser ò por *inclusion*, como si una piedra agena se engasta en un anillo mio, ò por *soldadura*, como si un pie

(1) L. 26. tit. 28. P. 3.
(2) Véase toda la ley 26 de idem.
(3) L. 31 de. idem.

ageno se le acomoda soldándole con el mismo metal á un candelero mio, ò por *intestura*, como si los hilos de púrpura agena se tejen en mi paño, ó por *edificacion*, como si edificò en suelo ageno con materiales mios, ó en suelo mio con materiales agenos, ò por *escritura*, como si se escribiese en papel ageno, ó por *pintura*, como si un pintor dibujase ô pintase en tabla de otro.

384. En todos estos casos lo accesorio sigue á lo principal. Por principal se entiende la misma cosa existente por sì y sin dependencia de otra; y por accesorio aquello que es un agregado suyo para ornato ô complemento. Asi una tela es lo principal, y el bordado lo accesorio: el brazo de una estatua es lo accesorio, y esta lo principal. De donde se sigue que la cosa unida á nuestra materia, ya sea por soldadura, ya por inclusion, se hace nuestra siempre que con buena fé haya sido unida; pues de lo contrario, esto es, si sabiendo que la cosa era agena se unió á la suya no adquiere el dominio, antes bien siendo la cosa accesoria del que la uniô con mala fé pierde el dominio de ella, y presume el derecho que la quiso donar cuando á sabiendas la unió à materia agena (1). De esta regla general solo se esceptúa la pintura, que debiendo ceder á la tabla, en consideracion á su nobleza, no cede sino la tabla á la pintura (2). En todos los demas casos vale la regla dada antes; y asi lo que se ha unido á nuestra cosa principal no lo puede vindicar su dueño, porque en virtud de la accesion hemos adquirido dominio. Pero como seria cosa injusta que uno se enriqueciese con daño de otro, por medio de varias acciones, nos concede el derecho que nos indemnicemos; y por tanto, si el señor de la materia está en buena fè, puedo obligarle á que me pague el valor de mi cosa que adquirió por derecho de accesion. Si procediò de

---

(1) Véanse las leyes 35. 36. 37. 38. 42. y 43. tit. 28. P. 3.

(2) L. 37. tit, 28. Part. 3.

mala fé no la hizo suya, y tengo contra él accion de hurto (1).

385. En la edificacion hay varias cosas singulares. En ella por cuanto importa que las ciudades no se deformen con ruinas, está establecido que cualesquiera materiales que uno tome agenos y los acomode en su casa, una vez asentados no se le puedan vindicar por su dueño, porque seria necesario arruinar el edificio; y asi adquiere el dominio de ellos, ahora sea con buena ò mala fé; (*) pero està obligado á pagar el duplo de dichos materiales, ò cuanto su dueño jurare delante del juez que recibiò de daño por aquellos materiales que le fueron tomados (2).

386. Pero si alguno edificò en suelo ageno, siendo poseedor de buena fé, puede retener el edificio hasta que se le pague el valor de los materiales, que ceden al señor del suelo. Mas siendo de mala fê, lo debe perder todo en pena del dolo con que sabiendo que el suelo era ageno edificò en él (†).

387. La segunda especie de accesion industrial es la *especificacion*, y es cuando alguno de materia agena hace una nueva especie; v. gr., del oro ó plata agena un vaso; de la lana agena paño. Pero se debe notar que solo habrà especificacion cuando se dé una nueva forma á la materia, como en los ejemplos puestos; v. gr., ni el vaso ni el vestido existian antes; luego la plata y la lana tomaron una nueva forma. Mas si persevera la antigua, no serà especificacion, como si alguno saca el trigo de las espigas agenas. En el caso, pues, de verdadera especificacion, se de-

(1) LL. 35. y 36. dicho tit. y P.

(*) L. 38. tit. 28. P. 3

(2) Véase la ley 16. tit. 2. P. 3., de la que se colige que si con buena fé se tomaron los materiales, se debe el duplo; y si con mala, todos los daños y perjuicios seguidos al dueño. El Sala opina que está en arbitrio del actor recibir el duplo ó el interés, y que en práctica no se pagarã mas que la estimacion de la cosa, si se tomó con buena fê. En el § 29. tit. 1 lib. 2.

(†) L. 41. y siguientes tit. 28 P. 3.

be distinguir si la especie se puede reducir á su primera forma ó no; si se puede debe ser del señor de la materia; si no se puede volver à la primera forma, será del que especificó; v. gr., si de mi plata hace otro un vaso, yo seré dueño de él, porque se puede fundir y volver á la masa de plata que antes era. Por el contrario, si de mi lana hace otro paño, el tejedor será dueño de esta nueva especie, porque este no se puede reducir á la forma antigua de lana. Mas como ninguno se debe enriquecer con daño de otro, tienen entre sì el señor de la materia y el especificante accion, ó à que se pague la estimacion de la materia, si el especificante se lleva la especie, ó á que se le paguen las impensas si el señor de la materia la retuviese (1). Todo lo dicho se entiende cuando el especificante haya procedido con buena fé, pues si la tuvo mala, esto es, si supiese que aquella materia á que da nueva forma es agena, pierde la obra, y no debe cobrar las espensas que hizo (2).

388. La tercera especie de accesion industrial es la *conmistion*: se mezclan las cosas secas y las lìquidas: las primeras despues de la mezcla mantienen entera su esencia, v. gr., si la cebada se mezcla con trigo: las segundas de tal suerte mudan su esencia, que parece hacerse una tercera entidad ò una nueva sustancia, v. gr., si el vino se mezcla con aguardiente. La primera se llama propiamente *conmistion* y la segunda *confusion*. Ahora, pues, esta conmistion ó confusion se hace, ó con voluntad de ambos dueños, ó de uno solamente, ò por acaso. Si se hace con voluntad de ambos, toda la masa se hace comun, la que deberán partir entre sí, segun las cantidades que se mezclaron. Si con voluntad de uno solo, si las cosas son separa-

(1) L. 33. tit. 28. P. 3.

(2) L. 33. dicho tit. y P. al fin. v. Empero, y sobre ella Berni, quien advierte que la práctica en este caso es que la parte que fabrica pague estas, y daños y perjuicios, al dueño del material.

bles, cada uno vindica su materia (1); y si no lo son, como en el caso de la confusion, el confundente deberá pagar la estimacion y los daños y perjuicios al señor de la cosa confundida. Pero si la conmistion ó confusion se hiciere, por acaso siempre que las cosas se pueden separar sin mucho trabajo, cada uno vindica la suya; pero si no se pudiere entonces se hace comun en todo, y lo parten entre sí, pesando, contando ó midiendo la parte que à cada uno debe tocar (2).

389. La última especie de accesion es la *mixta*, y es aquella que proviene parte de obra de la naturaleza y parte de la industria: tales son la *planta*, la *siembra* y la *percepcion de los frutos*; v. gr., si yo siembro un campo ageno con trigo mio, ¿quien recojerá la mies? ¿A quien pertenecerá un árbol puesto en los confines de dos campos, ó el que yo he plantado en campo ageno? Si con buena fé y justo título poseo una heredad agena, ¿de quien serán los frutos que diere?

390. Para la siembra y plantas es regla general: *todo lo que se siembra y planta cede al suelo*; y es la razon, porque éste se considera como principal, y lo que se siembra como accesorio: lo accesorio sigue á lo principal; luego la mies y el árbol ceden al suelo, ahora se siembre con buena ô mala fé. De los àrboles puestos en confines se puede dar otra regla general: *el dominio del árbol se estima en derecho por la raiz* (3); y asi, si se estendiesen las raices por la heredad agena, de suerte que las principales por donde crece estuviesen en ella, gana el dominio del árbol el dueño de la heredad adonde pasasen las raices, aunque caigan las ramas sobre las tierras del que lo plantó. Y en el caso de que parte de las raices principales estuviesen en la una heredad y parte en la otra, serà el árbol comun á los due-

(1) L. 34 tit. 28. P. 3.
(2) L. 34. tit. 28. P. 3.
(3) Arg. de la ley 43, tit. 28. P. 3. v. otro si, en el medio.

ños de las heredades (1) La razon de este derecho es, porque los árboles y plantas atraen todo su nutrimento y suco vital por las raices: luego se alimentan de aquel suelo adonde estienden éstas, y parece justo que para el dueño de aquel suelo que mantiene el àrbol sean los frutos todos, ó una parte si uno solo no fuere el suelo que alimenta la planta.

391. De las reglas dadas se infiere claramente que siempre que se siembre semilla propia en campo ageno ó semilla agena en mi campo, la siembra será del señor del suelo; pero debe pagar los gastos hechos en la siembra y en la semilla (2). Se infiere tambien que toda planta puesta en nuestro suelo se hace nuestra, pero no antes de que arraigue (3). La razon es, porque antes de criar raices puede facilmente y sin daño alguno arrancarse y trasladarse á otro suelo, y no hay razon para que al instante ceda al señor del suelo sin haberse alimentado de su tierra. En este caso, como en el antecedente, se deberâ pagar el precio del àrbol ò planta, y las espensas si algunas se hubieren hecho.

392. Por lo que hace á la percepcion de frutos, que es la tercera especie de accesion mista, veremos primero qué especies hay de frutos, y qué se requiere para que uno haga suyos los percibidos de una cosa agena. Los frutos, pues, ò son naturales ò industriales. Naturales son aquellos que por sí mismos dan los campos sin trabajo ni cuidado alguno del hombre, como son los árboles de frutas silvestres, el heno &c. Industriales se llaman aquellos que requieren siembra y cuidado del hombre, como el trigo, y cualquiera otra utilidad que hace rendir à una heredad la diligencia del hombre (4).

393. Las condiciones necesarias para adquirir los frutos de la cosa agena son: primeramente *buena fè*, la cual

(1) L. 43. tit. 28. P. 3.
(2) Dicha ley tit. y P. * y L. 42.
(3) Dicha ley 43.
(4) L. 39. tit. 28. P. 3.

no es otra cosa que aquel juicio recto con que uno cree que es verdadero señor de la cosa, sin que tenga fundamento para juzgar lo contrario. Esta buena fé debe ser continua ó perpetua; y asi en el momento en que sabe uno que no es dueño, si con todo percibe los frutos, ya no es poseedor de buena fé, ni los hace suyos. Se requiere tambien *justo tìtulo* y hàbil para transferir el dominio, como los que esplicamos arriba (*), porque si á alguno, por ejemplo, hubiese yo dado en comodato una yegua, seria cosa absurda que se quisiese apropiar el pollino con este título. Posee á la verdad con buena fé y justo título, pero no hábil para transferir el dominio; pues cuando damos nuestra cosa en comodato, no es para que el comodatario se haga señor de ella. Finalmente, es necesario *posesion*, y no una mera detencion de la cosa, que se llama *posesion natural*, sino una *posesion civil* que resulta de la detencion corporal de la cosa, y del ánimo ò intencion de adquirir ó retener su dominio.

394. Si concurren, pues, estos requisitos, entonces el poseedor de buena fé se tiene por señor en cuanto á la percepcion de los frutos industriales, mientras no aparece el verdadero señor de la cosa. Decimos que se tiene por señor, porque hace suyos los frutos industriales percibidos hasta la litis contestacion, y se tienen por tales los que estan separados de los árboles ò del suelo, pues no siendo asi no se tienen por percibidos aunque esten maduros.

395. Los naturales no los hace suyos: debe restituirlos aun cuando los haya consumido, pues solo se le conceden en atencion al cultivo y trabajo que ha tenido en ellos; y asi faltando esta razon es justo que los devuelva (1).

396. El poseedor de mala fé nada hace suyo, y tanto los frutos percibidos como los por percibir corresponden al

(*) L. 29. tit. 28. P. 3.

(1) Véase la ley 39. tit. 28. P. 3 al principio.

verdadero señor de la cosa, á quien los debe entregar, y solo podrá cobrar las espensas (1).

ARTÍCULO 7.°

DE LA TRADICION, UNICO MODO DE ADQUIRIR DERIVATIVO.

397. Hemos visto ya los modos originarios de adquirir: se sigue el derivativo, que es uno solo, y se llama *tradicion.* Dijimos que modo derivativo de adquirir es cuando el dominio se transfiere de uno á otro, y asi definiremos la tradicion diciendo: que es *un modo de adquirir derivativo por el cual el señor de la cosa que tiene derecho y animo ó intencion de enagenar, transfiere con justa causa una cosa corporal en el que la recibe (2).* De aqui nacen cuatro axiomas: 1.° *Que solo las cosas corporales se pueden entregar* (†); pues solo estas pueden ser trasladadas con acto corporal de uno á otro: por esta razon las cosas incorporales como los derechos no se entregan, sino que se cuasi entregan; y la cuasi tradicion consiste en la paciencia del uno y el ejercicio del otro. De la misma definicion se colige que la tradicion, ó es *natural* ó *simbólica, brevis manus,* ó *longa manu.* Naturalmente se hace la tradicion cuando con acto corporal se traslada la cosa en el sugeto que la recibe. *Simbólica* se llama cuando se entrega una cosa en señal de otra, cuyo dominio se quiere transferir, v. gr., si se dan las llaves del granero que encierra el trigo que se vende (3). *Longa manu* se dice hacerse la tradicion cuando la cosa se pone en la presencia de aquel á quien se entrega; pero éste no la

---

(1) L. 39. tit. 28. P. 3. al fin. Y nótese que de los frutos que restituyese el poseedor de buena fé por no estar percibidos, cobra tambien las espensas, como lo dice esta ley en el medio. * L. 41. tit. 28. P. 3. y ley 4. tit. 14. P. 6.

(2) L. 46. idem.

(†) L. 1 tit. 30. P. 3.

(3) Leyes 6. 7. y 8. tit. 30. P. 3.

toca sino con solo los ojos (1). *Brevis manus* se llama un equivalente à tradicion actual, y se verifica cuando uno que ya está en posesion de la cosa se dà por entregado de ella, en virtud de que el dueño, precediendo algun trato, se la cede en toda propiedad; (*) v. gr., le doy en comodato á Ticio un libro; despues se lo vendo y le digo, què supuesto què está en su poder se quede con èl: en este caso es lo mismo que si se lo entregara.

398. Axioma 2.° *La cosa debe ser entregada por el señor.*(†) La razon es, porque lo que uno no tiene no lo puede dar à otro; y así, si he recibido una cosa con buena fé de uno que no es señor, me harè poseedor de buena fè, pero nó señor. El pupilo tampoco puede transferir dominio porque aunque es señor, no se tiene por persona perfecta por defecto de juicio, y asi nada puede hacer de donde resulte peor su condicion sin autoridad del tutor, y por consiguiente ni transferir dominio.

399. Axioma 3.° *No se transfiere dominio si no hay ánimo de enagenar.* La razon es, porque al señor solamente compete dar la ley á sus cosas y disponer de ellas, y si dispone que solo pase el uso ó la custodia de su cosa, el que la recibe por esta tradicion no se hará señor; v. gr., si yo doy en depòsito ó en locacion ò comodato mi casa, se verifica tradicion; pero el depositario, conductor ó comodatario no se hace dueño de ella, porque en mí falta el ànimo ó voluntad de enagenarla (‡).

400. Axioma 4.° *No se adquiere el dominio por la tradicion sino precede título hábil para transferirle*, como los que esplicamos antes, v. gr., donacion, venta, legado. El contrato de compra y venta tiene de singular, que aunque se haya perfeccionado por la tradicion de la cosa, con todo no se transfiere el dominio sino hasta que se entregue el

(1) L. 6 tit. 30. P. 3. v. Empero si un home.
(*) L. 9. tit. 30. P. 3. y L. 47. tit. 28. P. 3.
(†) L. 10. tit. 30. P. 3.
(‡) L. 5. tit. 30. P. 3. y L. 4. tit. 15. lib. 4. R.

precio; pero si diere fianza ó prenda, ò el vendedor hiciese confianza del comprador, pasará el dominio de la cosa vendida (1).

401. Por lo que hace á la necesidad de la tradicion de la cosa para adquirir el dominio, es digno de notarse que esto tiene lugar ciertamente atendido el derecho civil; pero es muy probable que á esta sutileza no atiende el derecho natural; y asi, segun éste, cualquiera verdadero señor con derecho espedito que tiene ánimo ó voluntad de enagenar, y la declara espresamente ò por señales destinadas al efecto, transfiere el dominio vàlidamente, aunque no intervenga tradicion de la cosa (2).

402. Al fin de este título nace una breve cuestion, y es, ¿si se podrá entregar algo á persona incierta? Este caso parece que se verifica hasta el dia en la coronacion de los Príncipes, y cuando toman posesion de sus dignidades muchas personas eclesiásticas, como arzobispos, canónigos &c.; pues entonces se acostumbra arrojar algunas monedas de plata, y esparcièndose este dinero con el ânimo de que cualquiera haga suyo lo que aprehenda, parece que se verifica tradicion en personas inciertas. Pero si atendemos bien à la naturaleza de estos hechos, no hay aqui especie de tradicion, sino de ocupacion; pues el que arroja las monedas las abandona y quiere que sean del que primero se apodere de ellas, y que el que las hallare haga lo que quisiere de ellas, como dice la ley de Partida (3). Luego estas ya son monedas de ninguno, y lo que es de ninguno, cede al primero que lo ocupa.

(1) L. 46. tit. 28. P. 3.
(2) Hein. Elem. Jur. Nat. lib. 1. cap. 10. § 275.
(3) L. 48. tit. 28. P. 3.

TÍTULO II.

DE LAS COSAS CORPORALES E INCORPORALES.

403. Síguese otra division de las cosas, de la cual se hizo mencion en el título pasado. Digimos, pues, que las cosas ó son *corporales ó incorporales* (1). Corporales son aquellas que se pueden tocar, esto es, que se pueden percibir por alguno de los cinco sentidos; y asi cosas corporales son todas las cosas materiales; é incorporales, por el contrario, las que no se pueden tocar ni percibir por los sentidos, porque consisten en un derecho ò facultad que tiene el hombre para hacer alguna cosa: tal es, v. gr., el derecho de cazar en un bosque, las servidumbres y todas las obligaciones. Todas estas cosas por ningun sentido las percibimos, aunque sus efectos pueden ser patentes asi á los ojos como á los otros sentidos.

404. Supuesto esto, seria fácil responder á uno que preguntase, ¿si el dinero ó la moneda es cosa corporal? La materia, esto es, el oro ó la plata acuñada, que es lo que llamamos moneda, sin duda es corporal, porque se puede tocar; pero el valor ó precio intrínseco que contiene es cosa incorporal, porque no puede percibirse por sentido alguno esterior, sino solo por el entendimiento.

405. Hemos visto ya que cosas sean corporales è incorporales: resta ver sus calidades. De la misma definicion nace: lo 1.° que las cosas incorporales no se pueden poseer, y es la razon, porque poseer es detener materialmente la cosa, guardarla y ponerla en seguro; y todo esto no tiene lugar en las cosas incorporales. Con todo, como estas cosas son nuestras, se dice verdaderamente que las cuasi poseemos, mientras hacemos ó podemos hacer uso de ellas y percibir su utilidad: 2.° en las cosas incorporales no se da tradicion, sino cuasi tradicion, lo cual ya se

(1) L. 1 tit, 30. Part. 3.

ha esplicado arriba: 3.º las cosas incorporales no estan en nuestro dominio, porque el dominio, como se ha dicho, es derecho en una cosa corporal; y asi no podemos decir *el derecho de prenda, ó tal servidumbre ú obligacion, está en mi dominio.* No obstante, como estos derechos y obligaciones nos hacen mas ricos, y tienen realmente precio y estimacion, de aqui es que se dice propiamente que estan en nuestros bienes.

406. Las cosas corporales se subdividen en muebles y raices. Muebles se llaman aquellas que ò se mueven por sí mismas, por virtud interna que tienen, v. gr., siervos, animales &c., las cuales tambien se llaman *semovientes*, ó pueden ser llevadas de un lugar á otro sin detrimento, v. gr., las sillas, libros, &c (1). Raices son las que ni por sí, ni por los hombres se pueden mover ni llevar á otro lugar naturalmente, como las casas, campos &c. (†)

(1) L. 4 tít. 29. Part. 3. * L. 10. tit. 33. P. 7, y L. 1 tit. 17. P. 2.
(†) L. 1 tit. 17. Part. 2, y L. 28 tit. 5 P. 5.

TÍTULO III.

DE LAS SERVIDUMBRES.

407. Hemos tratado ya del dominio: síguese ahora tratar de las servidumbres, que es otro derecho en la cosa. Por servidumbre no se entiende aquella de que hablamos en el libro primero cuando una persona sirve á otra, sino cuando una cosa sirve à la persona. Siendo, pues, esta especie de servidumbre un derecho, esto es, una cosa incorporal, con razon, despues de esplicadas las cosas incorporales en general, se sigue tratar de las servidumbres.

408. La servidumbre es *un derecho impuesto en la cosa agena, por el cual el señor en su cosa está obligado á padecer, ó â no hacer algo en utilidad de otro* (1). Se dice: 1.º Que la servidumbre es un *derecho*, pero respecto del que tiene ó goza la servidumbre, porque respecto del que la padece es obligacion ó carga. 2.º Obsérvese que la servidumbre es *derecho en la cosa*, por lo cual se enumerò arriba entre las especies de derecho en la cosa. Y á la verdad, si yo tengo algun derecho en la cosa de mi vecino, no es su persona la que me està obligada, sino su cosa. 3.º Se dice la servidumbre *derecho en la cosa agena*, porque el señor no puede tener servidumbre en su cosa; v. gr., si puedo sacar agua del pozo de mi vecino es servidumbre; pero luego que adquiero la heredad de mi vecino en donde está el pozo se acabó la servidumbre, porque el pozo ya no es cosa agena, sino mia, y asi no saco el agua por derecho de servidumbre, sino de dominio. Añádese: *por el cual el señor estâ obligado â padecer, ô á no hacer algo en su cosa en ûtilidad de otro*, y en esto consiste la esencia de la servidumbre. Por ejemplo, si tengo derecho de pasar por el fundo de mi vecino, éste està obligado à sufrir que transite por él; y si obligo á mi vecino á que no levante mas

---

(1) L. 1 tit. 31. Part. 3.

sus paredes, está obligado á no hacer una cosa que pudiera como señor: siempre, pues, el sirviente está obligado á padecer, ó à no hacer en utilidad del dominante (1). Las doctrinas dadas hasta aqui son tan generales, que no se da caso en que alguna servidumbre consista en hacer, y asi si queremos fingir el caso de que alguno hubiese prometido à su vecino componerle ò renovarle su casa todos los años, no seria servidumbre, sino obligacion personal, y por consiguiente no *derecho en la cosa*, sino *à la cosa.*

409. De la definicion dada se infiere claramente de cuántas maneras sea la servidumbre. Una cosa puede servir, ó á una persona, ó à otra cosa. Si la cosa sirve á la persona se llama servidumbre personal: si la cosa sirve á otra cosa, v. gr., un fundo á otro fundo; se llama servidumbre real. (2) Por ejemplo, un marido al morir deja el usufructo de un fundo á su muger: en este caso el fundo sirve á la persona de su muger, y esta será servidumbre personal, por otro nombre *usufructo.* Por el contrario, si la pared del vecino debe recibir una viga de mi casa, esta servidumbre es real, porque un prèdio sirve á otro. Las servidumbres personales son cuatro: *usufructo*, *uso*, *habitacion y obras de los siervos* (3). Se diferencian tambien estas servidumbres en su efecto, y asi como en las personales la cosa sirve á la persona, sucede que se acaban con esta. Al contrario en las reales, porque una cosa sirve á otra, duran tanto como las cosas, aunque pasen á otras personas.

410. En este título se trata de las servidumbres reales, que tambien se llaman prediales, porque no consisten en cosas muebles, sino en raices. Mas como en estas servidumbres siempre un fundo sirve à otro fundo ó heredad, el que recibe la utilidad se llama *dominante*, y el que sufre la carga en útilidad del otro *sirviente.*

---

(1) LL. 1 2. y 3. tit. 31. P. 3.

(2) L. 1. t t. 31. P. 3.

(3) Idem.

411. Las servidumbres en nuestro derecho ó son *urbanas*, ó *rusticas*. Urbana es la que tiene un edificio en otro; y rústica la que tiene una heredad en otra. (1) Esto supuesto, se entenderán fácilmente varios axiomas de las servidumbres.

412. 1.° *Toda servidumbre es en la cosa agena.* (2) La razon es, porque siempre que uno usa de su cosa lo hace en virtud de dominio, y no de servidumbre, segun lo dicho arriba; y asi cuando se dice que en nuestras cosas se puede poner servidumbre, se entiende que solo el dueño puede imponer á su cosa este gravâmen, y no otro (3).

413. 2.° axioma. *Ninguna servidumbre puede consistir en hacer, sino solo en padecer ó en no hacer* (4). La razon es, porque de otra suerte no será la cosa la que sirve ó está obligada, sino la persona del que debe hacer. Cuando la servidumbre es de padecer se llama *afirmativa*, v. gr., la servidumbre de *camino, ventana, goteras &c.*; pero si es de no hacer alguna cosa será *negativa*, v. gr., no impedir la luz, no levantar mas alto &c.

414. 3.° axioma. *Todas las servidumbres son indivisibles* (5), porque son un simple derecho, y el derecho no se puede dividir (*), y asi à ninguno se le puede conceder la mitad del derecho de camino, goteras &c.

---

(1) L. 2. tit. 31. P. 3. * L. 1. y 3. del mismo tit.

(2) L. 13. dicho tit. y P. * L. 1. del mismo tit.

(3) Véase la ley 13. en el principio, y la 10. del tit. 3'. P. 3.

(4) Todo el tit. 31. P. 3., y especialmente a ley 1.

(5) L. 9. tit. 31. P. 3.

(*) Esta razon, que es la que generalmente dan los jurisconsultos para fundar la indivisibilidad de las servidumbres, parece inexacta: pues aun que los derechos en sì sean indivisibles, son sin embargo divisibles respecto á la cosa á que se contraen. Las servidumbres no son individuas por ser derechos, pues que el usufructo tambien es derecho y servidumbre, y sin embargo es divisible. La verdadera razon se darà en)el apendice de las obligaciones dividuas o individuas.

415. De aqui podemos facilmente inferir de que modo se constituye la servidumbre. Para esto se debe hacer distincion entre el derecho *á la cosa* y *en la cosa*. El derecho á la servidumbre le podemos adquirir: 1.° Por pacto ó estipulacion, cuando alguno nos promete conceder servidumbre en su cosa (1). 2.° Por última voluntad, v. gr., si alguno en testamento ó codicilo me lega el sacar agua de su fuente &c. (2). 3.° Por prescripcion; y en este caso, si la servidumbre es continua, esto es, que sirve continuamente, como el agua que nos viene del fundo ageno, se adquiere por uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; y si fuere discontinua, esto es, que no se usa sino algunas veces, como es la senda ó camino, no puede ganarse sino por tiempo inmemorial (3). Pero en el primer caso no hay mas que derecho á la cosa: la persona del que promete ó el heredero me está obligada, y no la misma cosa. De aqui es que solo tendré accion personal y no real. Pero el derecho en la cosa no se adquirirá sino por la subsiguiente *casi tradicion*, y se llama asi, porque como la servidumbre es derecho, que es una cosa incorporal, propiamente no se puede entregar, sino casi entregar, y esta casi tradicion se verifica por el uso del uno y la paciencia del otro; v. gr., si se me ha concedido sacar agua del fundo vecino, y yo comienzo á sacarla à su vista sufriéndolo él, por este primer hecho se me hace casi tradicion de la servidumbre, y desde este tiempo tengo derecho en la cosa, y accion real contra cualquier poseedor. De esta regla se esceptúa la servidumbre constituida por última voluntad, en la cual se adquiere el derecho en la cosa sin tradicion al punto que muere el testador (*).

416. Asi mismo claramente se deduce quien tenga obligacion de hacer los reparos necesarios para la conser-

(1) L. 14. tit. 31. P. 3.
(2) Dicha ley 14.
(3) Dicha ley 14 al fin, y la 15. tit. 31. P. 3.
(*) L. 31. tit 9. P. 6.

vacion de la servidumbre; v. gr., tengo derecho de traer agua por medio de tangía que salga del fundo del vecino; si se rompieren los canales, mi fundo, que es el dominante, estará obligado á repararlos (1). La razon se deduce del axioma 2.°, porque la servidumbre no puede consistir en hacer, sino en *no hacer ó padecer*, y si el fundo sirviente reparase, haria alguna cosa, y asi no seria solamente servir.

417. Finalmente, del 3.er axioma, que asienta ser la servidumbre indivisible, se infiere que no puede establecerse una mitad ú otra parte de servidumbre, porque el derecho, como cosa incorporal, no puede admitir division. Otra cosa seria en el uso de la servidumbre, porque este sí es capaz de admitirla, (*) tanto por razon del modo, como si dijesemos â otro: te concedo servidumbre de camino, pero con tal que solo pases á pie ò â caballo, ò que no traigas carros: ó por razon del tiempo; v. gr., te concedo derecho de pasar, pero solo en los meses de invierno.

418. Lo que se ha dicho hasta aqui trata de las servidumbres en general: vèamoslas ahora en particular. Las dividimos arriba en servidumbres urbanas y rûsticas: trataremos, pues, en primer lugar de las urbanas. De esta, la 1.ª es el derecho de cargar sobre la casa del vecino, v. gr., si le obligo á que me permita edificar levantando pared sobre la suya (2).

419. La 2. servidumbre es de agujerear la pared del vecino para meter vigas (3). Por vigas se entiende, no solo las propiamente tales, sino cualquiera otra materia de edificio, como piedras, ladrillos, hierro &c. De aqui se percibe facilmente la diferencia que hay entre esta servidumbre y la antecedente, pues en la primera todo el edificio carga en la pared ô columna del vecino, y en esta solo una ú otra viga ó material.

---

(1) L. 4. tit. 31. P. 3.
(*) Tambien esto es inexacto. Véase á Cujacio á la ley 72. Dig. de verb. oblig.
(2) L. 2. tit. 31. P. 3.
(3) Idem.

420. La 3.ª servidumbre es de poner techo volado à mi casa sobre el fondo del vecino para libertar las paredes del agua y humedad.

421. La 4.ª es de recibir las goteras ó caños de la casa del vecino (1).

422. La 5.ª es de no levantar mas alto, y esta es un dereho por el cual el vecino, en utilidad de mi casa, se obliga á no levantar mas la suya para no impedirme la luz (2).

423. La 6.ª es de luz, ò de *no impedir la luz* (3). Para entender bien estas dos especies de servidumbre es menester notar dos cosas: 1ª. que ninguno puede abrir ventanas sino en su pared: que puede cualquiera abrir cuantas ventanas quiera en su pared; pero al vecino le es lìcito edificar contra ellas de suerte que las cubra, siendo en su suelo. Ahora, pues, si un vecino, consigue de su vecino poder abrir ventanas en su pared, esta serà servidumbre de luz ó de ventana. Pero si tengo ventana en mi pared, que cae à la casa del vecino, y este me promete que no me la cubrirá con su edificio, se llamarà servidumbre de no impedir la luz (4).

424. La 7.ª servidumbre es de paso por la casa ò corral del vecino á la casa propia (5).

425. Síguense las servidumbres rústicas. De estas la 1.ª es el derecho de senda, carrera ó camino para pasar de la heredad de otro á la propia. La senda sirve para ir uno solo á pie ò à caballo, sin llevar carro ni bestias de carga: la carrera para ir solo ó acompañado con carretas; y el camino para llevar estas cosas y otras cualesquiera, como maderas, piedras &c. El ancho del camino debe regularse por lo pactado; y á no haberse convenido en esto, debe tener ocho pies de ancho; y si tuviere vuel-

(1) Idem.
(2) Idem.
(3) Idem.
(4) L. 2. tit. 31. Part. 3.
(5) Idem.

ta ó torcedura, en aquel lugar tendrá diez y seis (1). 2.ª El derecho de conducir agua por heredad agena para regar hortalizas ò para molinos (2). Y en este caso el dueño de la heredad de donde se tomare esta agua no puede concedérsela á otro sin consentimiento de aquel à quien fuere otorgada la servidumbre, si no es que el agua fuere tanta que sobrase para los dos (3). 3.ª El derecho de beber en fuente ò pozo ageno para sì, sus labradores y bestias ò ganados, en el cual se incluye el derecho de entrar y salir en la dicha heredad (4). 4.ª El derecho de apacentar las bestias de labor en prado ò dehesa agena (5). 5.ª El derecho de sacar cal, arena, piedra, ù otras cualesquiera cosas de la heredad de otro (6).

426. Una cosa es digna de observarse en las servidumbres rústicas (y aun puede tener lugar en las urbanas), y son los pactos con que se establecen; porque si la servidumbre se concede al fundo serâ real, y si á la persona serà servidumbre personal, y solo durarà mientras viva la persona.

427. Resta ver de qué modo se acaban las servidumbres. Hemos dicho que estas son un derecho en la cosa, el cual sin embargo de ser perpetuo, puede acabarse de los modos siguientes: 1.° por *consolidacion*. Consolidacion es cuando se hace uno mismo dueño de los prédios dominante y sirviente: entonces se acaba la servidumbre por el principio esplicado arriba de que el señor no puede tener servidumbre en su cosa (7). 2.° Se estingue tambien por *remision*, porque como la servidumbre se constituye en utilidad del prédio dominante, y cada uno puede renunciar del derecho introducido en favor suyo, el poseedor puede

(1) L. 3. dicho tít. y Part.
(2) L. 4. del mismo tìt.
(3) L. 5. dicho tít. y Part.
(4) L. 6. tit. 31. Part. 3.
(5) Dicha ley en el medio.
(6) L. 7.
(7) L. 17. tit. 31. P. 3. v. la otra manera.

renunciarla siempre que quiera (1). 3.° Por *no uso.* De este modo en tiempo de diéz años se acaba la servidumbre urbana estando presente el señor del prèdio que goza de la servidumbre, y estando ausente, en veinte años. Pero para que esto se verifique es necesario ademas que el dueño del fundo sirviente con buena fé, estorbe el curso de la servidumbre, como, v. gr., si es viga, que la estraiga de la pared en ausencia ó presencia del interesado, segun hemos dicho arriba (2). Pero si es servidumbre rústica solo por no uso de tiempo inmemorial se puede perder siendo contínua, y siendo discontìnua bastará no usar de ella por veinte años, ya sea entre presentes ó ausentes (3). 4.° Por permitir el dueño de la servidumbre que el señor de la cosa que la sufre haga algo que la impida ò destruya (4), pues en este caso se entiende que la quiere renunciar. 5.° Finalmente, por arruinarse ò estinguirse la cosa se acaba la servidumbre, porque como es un derecho en la cosa, cuando se estingue esta, se debe estinguir tambien el derecho que se tenia en ella.

---

(1) L. 17. en el principio.
(2) L. 16. tit. 31. P. 3.
(3) La misma ley 16. al fin.
(4) L. 19. tit. 31. P. 3.

TÍTULO IV.

DEL USUFRUCTO.

428. Dijimos arriba que en toda servidumbre sirve la cosa, y que si esta sirve á la persona será servidumbre personal: tales son el usufructo, uso, habitacion y obras de los siervos; pero que si una cosa sirve á otra cosa resultará servidumbre real. De estas hemos hablado ya, y asi trataremos ahora de las personales, y en primer lugar del usufructo.

429. Usufructo es *un derecho de usar y gozar los fructos de una cosa agena sin deteriorarla* (1). Antes de esplicar esta definicion es necesario entender estas palabras: *usar*, *gozar y abusar*, en las que hay mucha diferencia. Usar es percibir tanta utilidad de la cosa, cuanta exije la necesidad. Por gozar se entiende percibir cuanta utilidad proviene de la cosa, no solo para ocurrir á las necesidades, sino tambien para comodidad y placer. Abusar es percibir cuanta utilidad se quiere de la cosa, aunque sea destruyéndola. Ahora fácilmente se entenderá la definicion, en la cual iremos por partes. El usufructo es derecho, y un derecho en la cosa, porque es servidumbre. Es un derecho de usar y de gozar, porque el usufructuario no solo percibe de la cosa lo que exije la necesidad, sino tambien lo conducente à dar placer y comodidad. Se usa y se goza de las cosas agenas, porque es servidumbre que no la puede haber en cosas propias; de suerte que constituida esta servidumbre siempre concurren dos personas, la una á quien pertenece el dominio, y se llama *propietario*, y la otra el que goza del usufructo ò utilidad de la cosa, y se llama *usufructuario*. Se añade finalmente, que se ha de usar y gozar de la cosa sin deteriorarla, porque sino seria abuso, y no uso solamente segun la diferencia de estas voces ya esplicada. Fuera de que seria inùtil al propietario el dominio si el usufructuario pudiera destruir la cosa.

---

(1) L. 20. dicho tit. y P.

430. De la definicion dada se colige facilmente, que frutos percibe el usufructuario, en lo cual sirve de regla el axioma siguiente: *el usufructuario hace suyos todos los frutos que percibe siendo ordinarios.* Ahora, pues, como los frutos son ò naturales ô industriales, y los primeros proceden de la naturaleza solamente, como los partos de los animales, la yerba *&c.*, y los segundos mediante el trabajo è industria del padre de familias, como el trigo, lino &c., es digno de advertirse que unos y otros son del usufructuario, porque el usufructo es un derecho de usar y de gozar, y estas palabras abrazan todo género de utilidad. Por el contrario, un tesoro hallado en el fundo no lo hará suyo, pues segun el axioma establecido el usufructuario percibe solamente los frutos ordinarios, en lo que no se incluyen los tesoros. A mas de que los fundos no se tienen para buscar tesoros, sino para cultivarlos.

431. Infiérese tambien que puede el usufructuario locar à otro la heredad de donde percibe usufructo, porque lo que tiene uno para sí lo puede transferir á otro; y para el propietario lo mismo vale que el usufructuario goce de la cosa, ú otro en su nombre, siempre que no la deteriore. Puede tambien vender los frutos, pues vende una cosa suya (1); pero no puede ceder su derecho al otro, porque espira con su persona, y mucho menos vender la cosa fructuaria, que pertenece al propietario.

432. Con la misma facilidad se demuestra que no tiene el usufructuario libre disposicion de la cosa, supuesto que debe gozarla sin causar mutacion ni deterioro en ella, y que no permaneceria ilesa siempre que se hiciese mutacion en su forma. De donde infiero, que no puede mudar las cosas del fundo fructuario, ni con el fin de ponerle en mejor estado á su parecer, v. gr., haciendo de las dehesas campos de cultivo. Del mismo principio infiero tambien, que el usufructuario está obligado à reparar la cosa,

(1) L. 20. tit. 31. P. 3. v. é este á quien es otorgado.

pues no permaneceria ilesa, v. gr., una casa si no se la hiciesen los reparos y composturas correspondientes cuando lo necesitare (1). Pero esto se entiende de unos reparos medianos; y asi, si la casa estuviera para caer, y fuese necesario levantarla desde los cimientos, lo cual no puede hacerse sino con muy crecidos gastos, corresponderian estos al propietario. Se infiere tambien, que el usufructuario debe usar y gozar de la cosa como un buen padre de familias, el cual no pierde las cosas con el uso, sino que antes de que se deterioren demasiado las procura restablecer y reparar (2). Asimismo si se le concede el usufructo de una grey, debe reponer las ovejas que mueran con otras nuevas; y si es viña, en lugar de las vides secas, plantar otras de nuevo (3). Finalmente, es claro que el usufructuario debe dar caucion al propietario, pues este debe estar cierto de que su cosa se conservarà ilesa. Està pues obligado à afianzar dos puntos: 1.° que usarà y gozarà de la cosa à arbitrio de buen baron: 2.° que cuando él muera, ò de otra suerte se acabe el usufructo, restituirà la cosa intacta al mismo propietario ó à sus herederos (4). Pero esta caucion cesa siempre que el usufructo se concede por la ley; y asi aunque el padre goce de los bienes adventicios del hijo, con todo, no da caucion, á causa de ser legal este usufructo (5), como tambien, porque seria impiedad que un hijo tuviese tan poca confianza de su padre.

433. Si se busca en que cosas se pueda constituir el usufructo, hallaremos que la definicion dada lo declara bastantemente, porque constando de ella que se debe usar y gozar salva la sustancia de la cosa, se infiere que solo se puede constituir usufructo en cosas que no sean fungibles. Los juristas dividen las cosas en *fungibles*, que constan de núme-

(1) L. 22. tit. 3. P. 3.
(2) LL. 20. y 22. tit. 31. P. 3.
(3) L. 22. tit. 31. P. 3.
(4) L. 20. id.
(5) L. 5. tit. 17. P. 4.

ro, peso y medida, esto es, que se compran y venden contadas, pesadas y medidas; y en no *fungibles*, que no admiten estimacion, segun número, peso y medida. Pero como estas definiciones son algo obscuras, aclararemos mas la diferencia de las cosas fungibles y no fungibles: 1.ª diferencia. Las cosas fungibles de nada sirven, si no se consumen, v. gr., el vino, el pan, el trigo; pero de las no fungibles podemos usar dejándolas ilesas, v. gr, un campo, una casa.

434. 2. En las cosas fungibles, el dar otro tanto es dar la misma cosa; v. gr., se me han dado prestados cien pesos; si yo vuelvo otros tantos satisfago cumplidamente, aunque no haya vuelto los mismos cien pesos que recibí; mas en las cosas no fungibles una cosa igual ó equivalente no es la misma; y asi, si me prestan un libro y vuelvo otro del mismo tamaño, y aun igual en todo, no satisfago, sino que debo volver el mismo en especie.

435. 3.ª Las cosas fungibles no admiten regularmente precio de particular afeccion; v. g., un peso por habèrmele dado el Rey no vale mas que otro peso que he recibido de un rústico; pero las cosas no fungibles sí le admiten; y así un libro aunque no valga mas de diez ó doce reales, puede ser para mí de mayor estimacion que diez ò doce reales, por ser regalo de un Príncipe, ó de un gran amigo, y un monumento de su cariño.

436. Ahora, pues, el usufructo solo se puede constituir en las cosas no fungibles, porque estas solas no se consumen con el uso, y el usufructo es un derecho de usar y de gozar de la cosa salva su sustancia; y así seria un absurdo si á Ticio, v. g., se concediese el usufructo de una botija de vino, pues si usaba de èl ninguna utilidad quedaria al propietario. Con todo, para este caso se inventò un *cuasi usufructo*, que tiene lugar en las cosas fungibles, prestando caucion el cuasi usufructuario que acabado el uso de la cosa volverá otro tanto en el mismo género de aquello que recibió. De esta suerte si yo tengo el cuasi usufructo de una bodega de vino, podrè consumirle todo, dando caucion de que acabado el tiempo de este

usufructo volveré tantas botijas de vino como las que contenia la bodega, y que será de la misma calidad.

437. Se preguntará ¿si en vestidos podrá consistir verdadero usufructo, ó si solo será *cuasi*, en el caso de que un testador concediere en su testamento á otro el usufructo de sus vestidos? Y se responde, que puede ser uno y otro : será verdadero usufructo si de tal suerte concedió el testador el uso de sus vestidos, que quede obligacion de restituir los mismos en especie acabado el tiempo de la concesion ; y será *cuasi*, si se deben restituir otros ò su estimacion (1).

438. Siendo justo que el que percibe las comodidades de la cosa sufra sus cargas, se sigue: que el usufructuario que logra todos los frutos de la cosa debe pagar los tributos, pechos y demas contribuciones á que esté obligada la cosa (†).

439. Hemos visto hasta aquí la naturaleza del usufructo: falta ver como se constituye, y como se acaba. Se constituye el usufructo, ò por la ley, ó por el dueño de la cosa. Por la ley, siempre que las leyes disponen que en estas ó en aquellas cosas tengamos el usufructo: v. gr., las leyes mandan que al padre competa el usufructo en los bienes adventicios de sus hijos (2). El señor puede conceder el usufructo de su cosa ó por ùltima voluntad, esto es, por legado, ò por pacto (3). En el primer caso no hay necesidad de tradicion, sino que el usufructuario adquiere derecho en la cosa en virtud del testamento luego que el testador muere. En el segundo caso el pacto solo da derecho á la cosa, esto es, accion personal contra el que promete para que realice el usufructo prometido; pero no habrá derecho en la cosa hasta que se verifique la *cuasi tradicion*. Esta concesion de usufructo entre vivos se hace, ó por voluntad espresa del señor, por pacto, como llevamos dicho, ó por voluntad tácita, como si alguno dejò que otro usara y goza-

---

(1) Heinec. en este tit. § 419.
(†) L. 22. tit. 31. P. 3.
(2) L. 5 tit. 17. P. 4.
(3) L. 20. tit. 31. P. 3.

ra de su cosa sin contradecírselo por el tiempo de diez años en su presencia, ó de veinte en ausencia, pues entonces adquiere el usufructo por prescripcion.

440. Los modos de acabarse el usufructo nacen de su naturaleza y definicion; y asi cesa primeramente el usufructo por la muerte natural del usufructuario (1), pues es servidumbre personal que se debe á la persona, y acaba con ella. Pero si à una ciudad ó repùblica, que es persona moral, y no se entiende que muere, se la deja algun usufructo, nuestras leyes disponen para este caso que dure cien años (2), si no se señaló tiempo: y es la razon, porque en el usufructo es necesario que la propiedad no sea del todo inútil al señor, y lo seria si nunca volviese al propietario el usufructo. 2.° Cesa tambien por muerte civil, esto es, por servidumbre ò por destierro perpetuo (3). 3.° Por consolidacion, esto es, cuando el usufructo se une à la propiedad, pues como ya se ha dicho mas de una vez, á ninguno puede servir su cosa (4). 4.° Estinguida la cosa se estingue tambien el usufructo que se tenia en ella. (†) 5.° Por no uso de diez años entre presentes, y veinte entre ausentes; pero no por el abuso de la cosa, pues para este caso está bastante asegurado el propietario con la fianza que se le ha otorgado por el usufructuario. 6.° Se acaba por enagenacion hecha por el mismo usufructuario, la cual no produce mas efecto que hacer que el usufructo vuelva al propietario, y nunca pasará al otro á quien se queria enagenar (5). Finalmente, se acabará el usufructo por acabarse el tiempo por el cual se concedió la cosa, si éste se señaló al tiempo del pacto. (6).

(1) L. 24. tit. 1. P. 3.
(2) L. 26. tit. 31. P. 3.
(3) Véase la ley 24.
(4) Dicha ley 24.
(†) L. 25..
(5) Dicha ley 24,
(6) L. 24.

TÍTULO V.

DEL USO Y DE LA HABITACION.

441. Fuera del usufructo nos restan otras servidumbres personales, conviene á saber: el *uso*, *la habitacion y las obras de los siervos.* La diferencia que hay entre el usufructo y el uso es clara, si se tiene presente lo dicho arriba. El usufructuario no solo usa para ocurrir á su necesidad, sino que á mas de esto goza de la cosa para su utilidad y placer: el usuario solamente usa, no goza. Se definirá, pues, el *uso* diciendo que es *un derecho de usar de las cosas agenas para sacar de ellas lo precisamente necesario y salva su sustancia.* De aqui nacen varios axiomas: 1.° *Menos provecho se saca del uso que del usufructo* (1); pues en el usufructo se adquiere todo aquello que ordinariamente da la cosa, ahora sean frutos para necesidad, utilidad ò placer; pero el usuario solamente toma lo que necesita; y así 2.° axioma, *el uso satisface la necesidad de cada dia* (2). Con varios ejemplos aclararemos esta materia. El que tiene el uso de una heredad solo debe tomar de las yerbas, frutas, flores, hortaliza &c., lo que ha menester para comer él y los de su casa, pero no para dar á otro ni para vender (3). Si á alguno se le concede el uso de una casa, la puede habitar, pero no toda, sino solo aquellas piezas de que tenga necesidad, segun su condicion; pero no podrà alquilarla, y solo se le permite recibir huespedes si quiere (4). El que tiene el uso de algun ganado, puede tomar de la leche lana, estiercol, todo aquello que necesite, segun sus circunstancias y número de su familia (5).

* 442. De los axiomas establecidos se infiere, que el

(1) L. 20. tit. 31. P. 3.
(2) Dicha ley 20. tit. 31. P. 3.
(3) La misma ley 20. cerca del fin.
(4) L. 21. tit. 31. P. 3.
(5) L. 21. ya citada.

usuario no está obligado á los reparos á que se ha dicho que lo está el usufructuario, y que tampoco debe, como este, satisfacer las cargas, y contribuciones que afecten á la cosa (1).

443. Finalmente, como el uso solo está ceñido á la necesidad del usuario, es claro que este no puede venderle, ni alquilarle, ni concederle graciosamente á otro, como tampoco las cosas que son su materia (†).

444. La tercera servidumbre personal se llama *habitacion: esta es un derecho de habitar la casa agena sin deteriorarla.* Por esta servidumbre se concede no solo el uso, sino el goce de todas aquellas piezas de la casa que estan destinadas para habitacion. De donde se infiere, que este derecho es mas pingüe y comprende mas que el uso de la casa (2). El usuario recibe solo aquellas piezas que ha menester, y el habitador las tiene todas con tanta amplitud, que puede concederlas gratis, ó alquilarlas á otros, lo cual dijimos poco antes que no podia el usuario (3).

445. De la misma definicion aparece claramente que este derecho de habitacion es menos pingüe que el usufructo de una casa (4), pues el usufructuario percibe los frutos de todas las partes que la componen, de suerte que se aprovecha de sus tiendas, de sus baños, huertas, jardines &c: por el contrario el habitador solo tiene las piezas destinadas á habitacion, y nada mas.

446. La ultima servidumbre personal son las obras de los siervos. Por ella entendemos *un derecho de percibir toda la utilidad que resulta de las obras de un siervo ageno.* Es de mas utilidad esta servidumbre que la de uso de un

---

(1) L. 22. tit. 31. P. 3.
(†) L. 21.
(2) Cotéjese la ley 21. con la 27. tit. 31. P. 3.
(3) L. 21 tit. 31. Part. 3.
(4) L. 20. tit. 31. P. 3. v. La segunda manera es.

siervo, porque el usuario no utiliza todas las obras, sino solamente aquellas de que tiene precisa necesidad, y asi no puede locarlas á otro, como puede justamente aquel á quien se ha otorgado servidumbre de obras (†).

(†) L. 23.

TÍTULO VI.

DE LA USUCAPION.

447. Dijimos arriba que los modos de adquirir unos eran de derecho de gentes, y otros de derecho civil. Los primeros, establecimos que eran tres: ocupacion, accesion y tradicion. Sìguense ahora los civiles, que son los que no nacen solamente de la razon natural sino que provienen en mucha parte de las leyes civiles. Estos modos de adquirir por derecho civil se dividen en *universales*, por los cuales se nos transfiere todo el derecho que alguno tiene en sus cosas; de suerte que este sucesor universal entra en todos los derechos de su antecesor, y recibe en sí todas sus obligaciones; y *singulares*, por los que no pasa todo el derecho de otro á nosotros, sino solamente se adquiere el dominio de una cosa singular. De los modos universales no conocemos otro en el dia mas que la herencia; de los singulares hay cuatro: usucapion ó prescripcion, donacion, legado y fideicomiso. Trataremos primeramente de la prescripcion y luego de los demas.

448. La prescripcion podemos decir, que es *un modo de adquirir el dominio de una cosa capaz, por cierto tiempo establecido en el derecho, habiendo buena fé, justo título y estando en posesion de ella.* Antes de esplicar los cinco requisitos esenciales para la prescripcion que se contienen en la definicion dada, es necesario decir algo sobre su justicia, y utilidad que acarrea á la repùblica.

449. Es innegable que el bien público se debe anteponer á todo otro particular: de esta suerte ninguno puede dudar que sea justa la prescripcion, viendo que el público se interesa en el cultivo de las tierras, y en que los dominios de las cosas no esten inciertos. De otro modo el descuido y negligencia de los posecdores acarrearia notables perjuicios al Estado, y ninguno estaria cierto de que era verdadero señor de la cosa, à mas de estar siempre obligado à

responder al que alegase dominio en ella, haciéndose de este modo los pleitos eternos. Este es el motivo porque despues de varias controversias se ha admitido la prescripcion entre las naciones; siendo fuera de esto conforme al derecho natural, que aquellas cosas que son de ninguno, cedan al primero que las ocupa; y las cosas abandonadas por su dueño las tiene el derecho por de ninguno. ¿Y qué cosa se podrá llamar con mas razon abandonada que aquella que en un espacio considerable de años no es buscada ni solicitada por su dueño, ni vindicada del que la posee? Con razon, pues pierde el dominio de la cosa en pena de su negligencia, y porque las cosas que se tienen por abandonadas ceden al primero que las ocupa (1).

450. Veamos ahora los requisitos de la prescripcion, que como se ha dicho ya, nacen de su definicion. El 1.° es la *buena fé* (†). Por ella entendemos un juicio recto, por el cual uno cree que es verdadero señor de la cosa; (‡) y asi, si uno compra un libro sabiendo que no es del vendedor, sino de otro, no le adquiere por prescripcion, pues se lo impide la mala fé. Nuestro derecho no requiere buena fé sino al principio, esto es, que en el tiempo del contrato, ó de la adquisicion se crea uno dueño, de suerte que la mala fé superveniente no daña (2); v. gr., si yo compro un libro, y despues de tenerle dos años creyendo que le habia comprado de su verdadero señor, comienzo á oir que no lo era del libro; con todo, la prescripcion corre, y yo le adquiero. Pero esto se halla enmendado por el derecho canónico, que requiere buena fè contínua y perpetua desde el principio de la prescripcion hasta el fin (3), y asi se practica.

451. 2.° El otro requisito es el *justo título*, esto es, una causa tal que sea hábil para transferir el dominio, como ya

(1) L. 1. tit. 29. P. 3. Véase á Olmeda en el Derecho Público de la Paz, tom. 1. cap. 11.
(†) L. 9. y 18. tit. 29. P. 3.
(‡) L. 9 tít. 33. P. 7.
(2) L. 12. tit. 29. P. 3.
(3) Cap. 29. de Prescrip.

esplicamos en otra parte. De esta suerte, aunque el título sea justo, sino es hàbil para transferir el dominio es absurdo creer que la cosa poseida de este modo se pueda prescribir; y asì, v. gr., si alquilé una casa, y la he poseido por diez ó veinte años, no por esto me hago dueño de ella, porque la locacion no es título hábil para transferir el dominio aunque en sì es justísimo (1). De aquì se sigue, que no es suficiente para la prescripcion el error de justo título; v. gr., tengo una cosa mueble por mia, creyendo que la compré, ó que me fué donada, si despues sê que no es asi, aunque la haya tenido tres años, no la prescribo (2), si no es que el error fuera invencible, procedente de hecho ageno, que entonces valdria la prescripcion; como si uno mandase à su procurador que le comprára alguna cosa, y este no lo hiciese así, sino que la hubiese sin título, y la entregase al señor diciéndole que la habia comprado, teniendo esta cosa por tres años, la prescribirá por ser el error invencible y de hecho ageno (3).

452. Antes de pasar adelante es necesario advertir que el título puede ser *verdadero* ó no *verdadero*. Título *verdadero* es aquel en fuerza del cual se transfiere el dominio sin necesidad de prescripcion, como cuando la cosa se ha comprado de su verdadero señor. El *no verdadero* puede ser de tres maneras, *putativo*, *colorado*, y *presunto*. *Putativo* se llamará cuando se juzga que hay título, no habiéndole hábil, como el que cree que una cosa la posee por donacion, siendo recibida en préstamo. *Colorado* es aquel que tiene visos de verdadero tìtulo, pero en realidad de verdad no tiene fuerza de tal, como el que ha comprado una cosa de uno que no es verdadero señor, pero el que la recibe cree que lo es. Título *presunto* es aquel que el derecho presume que intervino, aunque en realidad no haya intervenido. Esto supues-

(1) Véase la ley 9. tit. 29. P. 3.
(2) L. 14 dicho tit. y P. * y L. 15. idem.
(3) Véase la misma ley del mismo tit. al fin.

to, véamos cual de estos títulos es necesario para la prescripcion.

453. 1.° El título verdadero no se requiere, antes habiéndole no se dá prescripcion, porque ya se adquirió dominio.

454. 2.° Para la prescripcion ordinaria de tres y veinte años se requiere tìtulo colorado (1).

455. 3.° Para la prescripcion de larguísimo tiempo, esto es, de treinta, cuarenta y cien años, basta tìtulo presunto; y es la razon, porque con el curso de tanto tiempo presume el derecho que hay justo título no habiéndose reclamado la cosa; y aunque habiendo mala fè no se prescriba segun derecho canònico, con todo, el derecho civil quita la accion para reclamar su cosa à los dueños (2) en atencion à las razones dichas.

456. 4.° El tìtulo putativo no basta para la prescripcion ordinaria de tres años cuando el error proviene de hecho propio &c. (3), pero sí para las de las servidumbre; y es la razon porque el uso de uno y pacìencia del otro por tantos años sirve de tìtulo.

457. Se sigue el tercer requisito de la prescripcion, y es que la cosa sea capaz de ser prescripta.

458. 1.° Son imprescriptibles las cosas forzadas, hurtadas ò poseidas con mala fé, no solo por el ladron, lo cual es indudable (4), sino tambien por el tercer poseedor, segun opinan muchos autores (5), fundándose en la ley citada, y es enteramente cierto que ningun poseedor de mala fé prescribe, si se atiende al derecho canónico, que no admite prescripcion, sino es que el poseedor persevere en buena fé hasta el ùltimo dia de su cumplemento; y asi, se tiene por derogada (*) la ley 21 tít. 29, Part. 3.ª, la cual establece

(1) Arg. de la ley 9. tit. 29. P. 3., y de la 14. en el princip.

(2) Véanse las leyes 21. 23. y 27. dicho tit. y Part.

(3) L. 14 tít. 29. P. 3.

(4) L. 5. tit. 15. lib. 4 Rec.

(5) Vela. Dis, 48. n. 45. Covarrubias en la regl. *Possesor*. Molina de Prim. lib. 2. cap. 6

(*) Véase el Auto 1. ib. 2. tít. 1. que manda que no se juzgue por el derecho canónico, sino por el civil.

que con treinta años de posesion se adquiere la cosa de cualquier modo que la hubiere adquirido (1).

459. 2.° Es imprescriptible el hombre libre (2).

460. 3.° El sumo imperio y jurisdiccion civil y crimina que tienen los Reyes, y todo lo que no se puede hacer sin tenerla, no se puede prescribir, pues con motivo de ser inherente á los huesos del Príncipe, es necesario serlo para gozarla (3).

461. 4.° Está tambien enteramente prohibida la prescripcion aun inmemorial, de los pechos y tributos debidos al Rey, como tambien en las alcabalas, en lo cual se declara que no corre el tiempo y que la prescripcion se tiene por injusta y dañosa al bien comun (4).

462. 5.° Las cosas hipotecadas, empeñadas, arrendadas ó alquiladas tampoco se pueden prescribir por tiempo alguno, pues los que las tienen no poseen por sí, sino por aquellos de quien la cosa tienen (5).

463. 6.° Lo que reciben los Presidentes, Gobernadores y Jueces por cohecho ó barateria, contra la terminante prohibicion de la ley, no se prescribe por tiempo alguno, pues lo que en su principio es críminal y vicioso jamas puede tener efecto; y asi, la restitucion les amenaza constantemente. Tampoco pueden prescribirse las cosas de los pupilos y menores de veinte y cinco años (6). Ni los bienes adventicios del hijo de familia (7). Ni los bienes dotales que la muger dió al marido para sostener las cargas del matrimonio (8); y por último, tampoco puede prescribirse lo que deja el testador con prohibicion de que se ena-

(1) Vèase á Greg. Lopez en la glosa de dicha ley.
(2) L. 24. dicho tit. y P.
(3) L. 1. tít. 15. lib. 4. de la Rec.
(4) Véase la dicha ley 1. al fin, y la 2. tit. 15. lib. 4. Rec.
(5) L, 4. tit. 15. lib. 4. Rec., y 22. tit. 29. P. 3. * L. 5 tit. 30. P. 3.
(6) L. 9. tit. 19. P. 6. * L. 8. tit. 29. P. 3.
(7) L. 8. tit. 29. P. 3.
(8) Dicha ley 8.

gene. Los fundamentos de cada una de estas disposiciones se hallarán al alcance de cualquiera, y asi creemos innecesario manifestarlos.

464. El 4.° requisito es el tiempo prefijado por derecho; y como este es vàrio, segun la calidad de las cosas que se prescriben, se advierte que la prescripcion una es temporal y otra inmemorial. Esplicaremos primero la diversisidad de tiempos que comprende la temporal, que se llama asi por estar ceñida á cierto tiempo.

465. 1.ª La primera prescripcion de esta naturaleza es la anual. Con ella se prescribe la pena en que cayò el que salió por fiador de otro para presentarle en juicio hasta cierto tiempo y bajo de la dicha pena. Si incurriere en ella por no haber cumplido lo prometido, y no se le pidiere dentro de un año contado desde el dia en que cayó en la pena, la prescribiò, y no puede ser en adelante demandado (1).

466. 2.ª La segunda prescripcion temporal es la de dos y tres años, con que se adquieren las cosas muebles (2), y se prescriben los salarios de los criados, no pidiéndolos en todo este tiempo, contado desde que fueron despedidos de sus señores. Asi mismo, pasados tres años no pueden pedir lo que hubieren dado de sus tiendas los boticarios, joyeros y otros oficiales mecánicos por lo tocante á sus hechuras y los especieros y confiteros, y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer (3), como tambien los salarios de los abogados y procuradores, no habiéndose contestado demanda sobre ello antes que hayan pasado los mismos tres años (4).

467. 3.ª La tercera especie de prescripcion temporal es la de diez años, y con esta se ganan los bienes raices entre presentes (5), y el derecho de ejecutar por obligacion personal (6).

---

(1) Véase este caso espreso en la ley 10. tit. 16. lib. 5. Rec.
(2) L. 17. tit. 29. P. 3.
(3) L. 9. tit. 15. lib. 4. Rec.
(4) L. 32. tit. 16. lib. 2. Rec.
(5) L. 18. tit. 29. Part. 3.
(6) L. 6 en el principio, tit. 15. lib. 4. Rec.

468. 4.ª La prescripcion de veinte años, que es la cuarta, sirve para prescribir los bienes raices entre ausentes (1), y la accion personal y ejecutoria dada sobre ella (2).

469. 5.ª La quinta manera de prescripcion, que es de treinta años, sirve para ganar por este tiempo, segun derecho de Partidas, las cosas con mala fè, con la diferencia de que habiendo buena fè, el que prescribe, si otro le quita la cosa, puede pedirla en juicio, sino es que sea el verdadero señor el que se la quitó; pero si la poseyese de mala fé no puede demandar la posesion, si no es que otro se la hubiese robado á él, ó la hubiese dado prestada ò alquilada. Tambien puede recobrarla si el juez le hubiese quitado la dicha cosa por no responder á la citacion, pues en este caso si viniese dentro de un año y respondiese á la demanda puesta, se le entregarà, pagando las costas (3). Tambien se prescriben por treinta años las acciones real, hipotecaria, y mista de real y personal (4).

470. 6.ª La otra especie de prescripcion temporal es de cuarenta años, y con ella se adquieren las cosas de las iglesias que sean raices, pues las muebles se pierden por tres años como todas las demas (*).

471. Tambien se adquieren por el dicho tiempo los bienes que son de patrimonio de alguna ciudad ó villa, y que no son de uso comun á todos los del pueblo (5), como siervos, viñas, navìos &c.; pues las pùblicas, como plazas, calles &c. solo por tiempo inmemorial se podrán prescribir. Prescríbese, finalmente, por cuarenta años el derecho de prenda, poseyendo este tiempo la cosa el deudor mismo ò su heredero, ú otro alguno â quien èl mismo la hubiese obligado otra vez (6).

(1) Dicha ley 18. tít. 29. Part. 3.
(2) L. 6 tit. 15. lib. 4 Rec.
(3) L. 21. tit. 29. Part. 3.
(4) L. 6 tit. 15. lib. 4 Rec.
(*) L. 26. tit. 29. Part. 3.
(5) L. 7 tit. 29. Part. 3.
(6) Véase la ley 27. tit. 29. P. 3. y la ley 6. tit. 15. lib. 4. Rec

472. 7. La sèptima especie de prescripcion temporal, aunque de larguisimo tiempo, es la de cien años. Pero este privilegio solo está concedido á las cosas raices de la iglesia de Roma (1); y asi, si alguno posee un campo que pertenezca á los dominios del Papa, por cualquier título que le haya adquirido de alguno que no sea señor, no prescribirá, si no es que pasen cien años.

473. Síguese la prescripcion inmemorial, la cual no està reducida á tiempo cierto, y se llama asi, porque para que lo sea es necesario que la posesion de la cosa sea tan antigua que no haya memoria de lo contrario. Debe, pues, probarse esta prescripcion con testigos de buena fama que depongan haber visto poseer la cosa por espacio de cuarenta años, y que asi lo oyeron decir á sus mayores, y que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario; y que de ello es pùblica voz y fama, y comun opinion entre los vecinos y moradores de la tierra (2). Por esta prescripcion se adquiere el señorío de cualesquiera ciudades, villas y lugares, y la jurisdiccion civil y criminal, entendièndose sujeta â la suprema que reside en el Monarca, la que, como se ha dicho, no se puede prescribir.

474. 5.° El último requisito para la prescripcion es la *posesion contínua* (3). La palabra posesion no se toma aqui en sentido natural y gramatical, esto es por la nuda detencion de la cosa, sino en sentido civil y jurídico, en el que se requiere detencion corporal y ánimo de adquirir (4). El que detiene, pues, la cosa de este modo con una continua y no interrumpida posesion, y por el tiempo establecido por las leyes, adquirirá el dominio por medio de la prescripcion. De aquí se sigue que la posesion interrumpida no aprovecha: esta

---

(1) L. 26 tit. 29. P. 3.

(2) L. 1. tit. 15. lib. 4. Rec., que se refiere á la 1. tit. 7. lib. 5. de la misma.

(3) L. 9. tit. 29. P. 3., y la ley 29. del mismo tit. Arg. de la ley 1. tit. 15. lib. 4. de la Rec.

(4) L. 1. tit. 30. P. 3.

interrupcion puede ser de dos maneras, natural ó civil (1); la natural se verifica cuando uno es echado de la posesion, ó por el verdadero señor ó por otro; la civil se hace por acto judicial cuando el verdadero señor entabla su accion en juicio contra el poseedor de su cosa, y este es citado y emplazado por el juez (2). Impedida, pues, la posesion de alguno de estos modos, se tiene por interrumpida la prescripcion, y no aprovecha el tiempo corrido; de suerte que sì uno hubiera poseido la cosa raiz por nueve años, y en el dècimo se le interrumpe, de nada le aprovechan los años corridos (sino es que sea absuelto de la demanda); y así, debe comenzar de nuevo el tiempo de su prescripcion, desde el dia en que volvió á poseer la cosa (3).

475. No solamente se interrumpe la prescripcion mediante demanda judicial, sino tambien por la interpelacion hecha ante los vecinos de la casa, y protesta de que solo por impedimento no le demanda en juicio (4); y si el poseedor es huèrfano ante su tutor (5).

476. Resta ahora investigar si al sucesor aprovechan los años que ha poseido el antecesor; v. gr., ¿si yo prescribiere una cosa raiz que mi padre poseyó seis años, poseyèndola yo los cuatro restantes? En este particular es regla general la siguiente: *el sucesor continũa la posesion de su antecesor, sea sucesor universal, sea singular, siempre que ambos tengan buena fé;* pero para comenzar la prescripcion desde sí mismos no les daña la mala fé de su antecesor. (6)

---

(1) L. 1. tit. 15. lib. 4. de la Rec.
(2) L. 29. tit. 29. P. 3.
(3) Dicha ley 29. del mismo tit. y P.
(4) L. 30. tit. 29. P. 3.
(5) L. 29. y 30.
(6) L. 16. tit. 29. P. 3.

TÍTULO VII.

DE LAS DONACIONES.

477. Donacion es *una liberalidad hecha á otro, sin que ningun derecho nos obligue á ello* (1). Se llama *liberalidad*, porque no puede verificarse donacion sin cosa que tenga algun valor. Es necesario que sea *hecha á otro*, porque ninguno puede donarse à sí mismo. Finalmente, debe ser *sin que ningun derecho nos obligue á ello*, porque cuando uno da á otro lo que le debe, no dona, sino que paga.

478. La donacion en general se divide en una que se hace *entre vivos*, y otra por *causa de muerte* (2). La primera es la que se hace sin respecto ni consideracion al caso de muerte. Y la segunda se verifica por miedo, ó con reminiscencia á ella; de suerte que el donante quiere mas tener la cosa que darla, si no es que muera. Para entender la diferencia de estas dos donaciones es menester distinguir si uno dona de tal suerte, que transfiera el dominio luego al punto, y solo se reserve la posesion hasta la muerte, ò si el donante no transfiere otra cosa que la esperanza, y el dominio hasta despues de su muerte. En el primer caso es donacion entre vivos, esté sano ó moribundo el que la hace. En el segundo es donacion por causa de muerte, ahora esté próximo el peligro, ahora no.

479. Esto supuesto, veamos quien puede donar. Una y otra donacion es realmente liberalidad que transfiere el dominio en el donatario, ya sea al punto ò para lo porvenir. Dominio entre vivos no puede transferir sino el que es señor, y tiene la libre administracion de sus bienes (3). La donacion por causa de muerte, como es muy semejante á la última voluntad, solo transfiere el dominio de este modo aquel que puede hacer testamento (*).

---

(1) L. 1. tit. 4. P. 5.

(2) LL. 1. y 11. tit. 4 P. 5. * L. 7. tit. 10. lib. 5. R.

(3) Arg. de la ley 1. tit. 4. P. 5.

(*) L. 11. tit. 4. P. 5., y véase la ley 105. tit. 18. P. 3.

480. De estos axiomas se infiere que no puede donar entre vivos: 1.° el menor de veinte y cinco años: 2.° el loco, desmemoriado ò pródigo, á quien le está prohibida la administracion de sus bienes (†): 3.° el hijo que está bajo el poder de su padre sin su licencia, si no es que fuese del peculio castrense, ò cuasi castrense, del cual puede disponer á su arbitrio, pues del profecticio solo podrá hacer donacion por causa justa (1): 4:° el que es reo de delito de lesa-magestad, à no ser que le cometa despues de hecha la donacion (2), aunque este y todo condenado á muerte puede donar de los bienes que no le han sido confiscados (3).

481. Como la donacion entre vivos hemos dicho que es un pacto, y este no se puede hacer sin promesa de parte de uno, y aceptacion de parte de otro, se sigue que la donacion requiere aceptacion, sin que se deba poner en esto diferencia entre la donacion por causa de muerte y la entre vivos, pues una y otra se ha de aceptar; antes bien en esto consiste la diferencia entre la donacion por causa de muerte, y el legado ó fideicomiso pues aquella se debe aceptar por el donatario presente, y el legado ó fideicomiso se puede dejar al ausente ó ignorante. Se requiere tambien que el donante y donatario sean personas diversas, pues es evidente que ninguno puede donarse á sí mismo. Esta es la razon de no valer la donacion entre el padre y el hijo, pues el derecho los reputa por una misma persona. Esta misma razon habia antiguamente para que no valiese la donacion entre marido y muger; pero nuestro derecho la prohibe, porque el mútuo amor seria causa de que empobreciesen haciéndose donaciones cuantiosas (4); y se prueba ser esta la razon mas propia, por una ley del Fuero Real que per-

(†) L. 1. tit. 4. P. 5., y vèase la ley 4. y 5 tit. 11. P. 5.
(1) L. 3. tit. 4. P. 5.
(2) L. 2. del mismo tit.
(3) L. 3. tit. 4. lib. 5. Rec.
(4) L. 4. tit. 11. P. 4.

mite hacer estas donaciones pasado el primer año, en el que se deja ver que el amor será mas vivo y tierno (1).

482. Hemos dicho que la donacion es una liberalidad, y esta debe transferir una cosa que traiga alguna utilidad. La traen, pues, todas las que estan en el comercio de los hombres, por lo cual no se pueden donar las cosas sagradas, santas, religiosas, públicas &c. Son tambien ùtiles las cosas incorporales, como los derechos, servidumbres, obligaciones &c.; y asi no hay duda que se pueden donar. Pueden traer tambien utilidad todos los bienes presentes y futuros de alguno que fuese tan liberal, ó por mejor decir, tan pròdigo que los quisiere donar; pero para evitar los graves inconvenientes que tendria semejante donacion, la ha prohibido espresamente el derecho, estableciendo que ni aun todos los bienes presentes se puedan donar (2). Finalmente, las cosas agenas pueden prestar utilidad, y asi se pueden donar; pero esta donacion solo producirà efecto en el caso de que el donatario reciba la cosa de buena fè, esto es, creyendo que el que se la dona es verdadero señor, pues entonces adquirirà la cosa por prescripcion, si el dueño no la vindicare en tiempo oportuno.

483. Las dos especies de donaciones ya esplicadas se diferencian primeramente en el modo de donar. La donacion entre vivos, como solamente es pacto, no requiere mas que el consentimiento, y asì no necesita de solemnidades algunas; pero la donacion por causa de muerte necesita de tres ó cinco testigos por participar de la naturaleza del testamento. 2.° Se diferencian por razon de la libertad de donar; y así como entre vivos hay peligro de llegar à pobreza si se hacen donaciones cuantiosas, por eso se ha mandado que esta donacion no exceda de quinientos maravedis de oro, que en pesos fuertes de nuestra moneda hacen mil doscientos ochenta; y para que la donacion pueda ser mas cuantiosa de lo dicho, es necesario sea

(1) L. 3. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real.
(2) L. 8. tit. 10. lib. 5. de la Rec.

hecha á lugares piadosos, ó al Rey, ó que se haga con escritura pública y otorgamiento del juez (1). Mas la donacion por causa de muerte, como no vale ó tiene efecto hasta despues de la muerte, y no hace mas pobre al donante, por grande que sea, no necesita de insinuacion. 3.° Se diferencian en el efecto. La donacion entre vivos vale al punto, y una vez hecha, no se puede revocar sin causa; pues aquello que se hace por mùtuo consentimiento no se puede disolver sino por mútuo disentimiento; pero la donacion por causa de muerte siempre es revocable, porque participa de la naturaleza de las últimas voluntades, que son variables como el hombre hasta el punto de la muerte. 4.° Se diferencian por razon de la translacion del dominio. La donacion entre vivos es título hábil para transferirle; pero el tìtulo no da sino solo derecho à la cosa, y para tenerle en la cosa es necesaria la subsiguiente tradicion. Así, pues, no me hago señor de la cosa donada hasta que se verifique la tradicion. Por el contrario, porque la donacion por causa de muerte es semejante á la ùltima voluntad, y por esta pasa el dominio á nosotros sin tradicion luego que el testador ó donante ha muerto (*); de aqui es, que las cosas donadas de esta suerte se hacen nuestras luego que el donante muere, no habiéndolas revocado antes. 5.° Se diferencian por razon de la paga. El que es reconvenido por la donacion entre vivos goza del beneficio de competencia, y no se le condena en toda la cantidad, no teniendo con que pagar, pues se le debe dejar lo necesario para pasar la vida sin mendigar (†). Finalmente, se diferencian en las acciones. La donacion entre vivos, como solo da derecho á la cosa, no produce accion real, sino solo personal contra el donante. Por el contrario, la donacion por causa de muerte, siendo semejante á la última voluntad, ò à los legados, se pide con las mismas acciones que estos, convie-

(1) L. 9. tít. 4. P. 5.
(*) L. 34. tit. 9. P. 6.
(†) L. 4 tit. 4. P. 5.

ne, á saber, reivindicatoria, hipotecaria y personal contra el heredero.

484. Hemos advertido poco ha que la donacion entre vivos es irrevocable; pero esta regla tiene sus escepciones. La 1.ª es: si la donacion hecha es inoficiosa; y se llama así aquella por la cual los hijos del donante son dañados en su parte legítima, y se revocará en toda aquella cantidad en que esceda del quinto, de que tiene el padre libre disposicion (1). 2.ª Se revoca tambien todo lo que esceda de quinientos maravedìs de oro, no siendo la donacion hecha con alguna de las condiciones dichas arriba para que valgan las donaciones cuantiosas (2). 3.ª Revócase tambien la donacion por ingratitud del donatario. Mas como la ingratitud es, ó simple cuando uno no agradece, ni hace bien â su bienhechor, ò grave cuando le hace mal, es menester notar que la primera no basta para revocar la donacion, sino que es necesaria la segunda, de la cual asignan las leyes cuatro casos: 1.° cuando el donatario deshonra de palabra al donante, ó le acusa de algun delito por el cual merece pena de muerte ù otra semejante. 2.° Cuando le injuria de hecho poniendo manos airadas en él. 3.° Cuando le hace gran daño en sus cosas. 4.° Cuando le procura la muerte (3). Pero es digno de notarse que el donante solamente puede revocar la donacion hecha al ingrato, mas no sus herederos, pues si él no la revocó en vida, se hace juicio que perdonó la injuria; y es regla general, *que las acciones que miran solamente á la venganza no se dan á los herederos.* Pero ni aun contra los herederos del donatario ingrato tiene el donante accion para revocar la donacion hecha, porque solo se ha establecido para la venganza, y esta solo tiene lugar contra el que nos agravió, lo que de ningun modo ha hecho el heredero.

(1) L. 8. en el fin, tit. 4. P 5.
(2) L. 8. en el fin, tit. 4. P. 5.
(3) [illegible] P. 5.

Se puede, finalmente, revocar la donacion por nacerle hijos al donante, como espresamente lo dispone nuestro derecho (1).

ARTÍCULO UNICO.

DE LAS DONACIONES LLAMADAS PROPTER NUPTIA.

485. Hay varias donaciones entre el hombre y la muger antes del matrimonio. La primera es llamada *dote*, y no es otra cosa que aquel caudal ó bienes que la muger da al marido por razon de su casamiento, à efecto de ayudar á sostener las cargas del matrimonio: de esta hemos tratado en otra parte. (*)

486. Las arras son de tres maneras. Unas son lo que el esposo da ù ofrece à la esposa por razon de la dote que con ella recibe, ó por honor del matrimonio, y en atencion á la virtud, honestidad y otras apreciables prendas y circunstancias de que está adornada, ó por remuneracion ó recompensa de su virginidad y nobleza; y esta donacion se llama vulgarmente *Arra*, y por derecho de Partidas *Donacion propter nuptias*. (2).

487. Lo que el esposo da simple y francamente á la esposa para su adorno, v. gr., anillos, aderezos &c., ò esta á él antes que el matrimonio sea consumado, pero con esperanza y fin de casarse, se llama en latin *Sponsalitia largitas*; pero tácitamente se entiende que tal donacion como ésta la debe restituir el donatario al donante si fuese en su culpa que el matrimonio no se cumpla (3). Y si acaeciese morir alguno de ellos antes de consumarse, debe restituirse la donacion ìntegramente al que la hubiere he-

---

(1) L. 8. tit. 4. P. 5.

(*) Creemos por esto, que el autor habria tratado de los dotes, y que este título desapareceria en la edicion española, porque nada hay de esta materia en toda la obra. Procuraremos suplir esta falta en el lugar correspondiente.

(2) Véase la ley 1. tit. 11. P. 4.

(3) L. 3. tit. 11. P. 4.

cho, ó à sus herederos. Pero si fuese hecha por el esposo á la esposa, y la hubiere besado, no debe restituir esta, ni sus herederos mas que la mitad, y la otra mitad la pueden retener para sì (1).

488. Vèamos ahora á cuanto pueden ascender estas donaciones. Sin embargo de que por las leyes (2) se permite á los cònyuges hacerse donaciones, consumado el matrimonio, con tal que no se haga el uno mas rico y el otro mas pobre, es de advertir que el marido no puede dar ni ofrecer á su muger en arras ni en otra cosa alguna mas que la dècima parte de los bienes que lìquidamente tuviere y poseyere al tiempo de contraer el matrimonio, ò al de su separacion, segun fuere capitulado, como lo dispone una ley del Fuero Real confirmada por otra de la Recopilacion (3), en que se manda no se pueda renunciar aquella, y que en caso de hacerse sea nula la renuncia. Ni támpoco puede dar el marido á la muger en joyas y vestidos mas que lo que importare la octava parte de la dote que con ella recibiere (4), sin que se pueda tampoco renunciar este derecho; y los contratos que se hicieren en contrario no valen, y las cantidades en que hubiere esceso deben ser aplicadas à la Real Cámara (5).

489. La tercera especie de arras, y que lo son en todo rigor de derecho, es lo que los esposos de futuro se entregan antes de contraer matrimonio, en señal ó prenda para justificar y hacer constar los esponsales de futuro, ó una especie de pena que se imponen para que la pague el que se aparte de celebrarle (6), lo cual, segun parece, ya no se practica en el dia.

490. Y se advierte por conclusion de este tìtulo, que

---

(1) Dicha ley 3. del mismo tit. y P.
(2) Véanse las leyes 4. 5. y 6. tit. 11. P. 4.
(3) L. 2. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real, y ley 2. tit. 2. lib. 5. Rec.
(4) LL. 4. y 5. tit. 2. lib. 5. Rec.
(5) L. 5. del dicho tit. 2. lib. 5. Rec.
(6) Véase la ley 1. tit. 11. P. 4.

cuando muere el marido despues de consumado el matrimonio llevará la muger ó los suyos todo lo que el esposo la dió siendo desposados, si no hubo arras en el casamiento, pues si las hubo elegirà la muger, y por su muerte sus herederos, tomando las arras ó lo que el marido la diò, la cual eleccion se ha de hacer dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido; y pasados la haràn ellos, y podrán dar de las dos cosas la que quieran (1).

491. * Atendidas las leyes Recopiladas, las donaciones *propter nuptias* son muy diferentes de las arras con las cuales las confundió la ley de Partida. Se llama donacion *propter nuptias* la que hacen *los padres â sus hijos* en contemplacion del matrimonio que van á contraer, para que puedan llevar sus cargas con mas honor y comodidad (2).

---

(1) L. 4. tit. 2. lib. 5. Rec., y sobre todo este art. vease Febrero tom. 1.° pag. 79. y sig. Colon. tom. 2. cap. 3. Gomez á la L. 5 de Toro, y todo el tit. 11. P. 5.

(2) LL. 25. 29. y 53. de Toro.

TÍTULO VIII.

QUIEN PUEDE ENAGENAR O NO.

492. En este título se debe notar una regla general y dos escepciones que padece. La regla es esta: *el señor puede enagenar su cosa*; la cual regla dimana de la naturaleza y definicion del dominio, que, segun dijimos, es el derecho en una cosa corporal, del cual nace la facultad de disponer de ella y de vindicarla. Pero esta regla padece, como hemos dicho, dos escepciones, de las cuales se trata en este título. La 1.ª es que *algunas veces sucede que uno sea señor, y con todo no puede enagenar.* 2.ª *Otras veces el que no es señor tiene derecho de enagenar.*

493. La 1.ª escepcion, reducida à que algunas veces el señor no puede enagenar, se prueba con el ejemplo del marido, quien siendo señor de la dote no puede enagenarla (1); pero esto se entiende no habiêndosele entregado apreciada, pues si asi se entrega podrà enagenarla, quedando obligado á restituir la misma cantidad que recibió cuando se separe el matrimonio (2).

494. Otro ejemplo de un señor que no puede enagenar nos presenta el pupilo. Este en realidad de verdad es padre de familias, como tambien lo es un menor; y con todo ninguno de los dos puede enagenar, porque estan bajo de tutela ò curatela, y no tienen la libre administracion de sus cosas (3). La diferencia que hay entre uno y otro consiste, en que la enagenacion hecha por el pupilo es *ipso jure nulla* y de ningun valor (4); y la que hace el menor vale si jurare sostenerla (5) (*). No pudiendo, pues, el pupilo enagenar, se sigue que no puede dar á mutuo, pues por este contrato se hace

(1) L. 7. tit. 11. P. 4.

(2) Véase hasta el fin la dicha ley.

(3) L. 17. tit. 16. P. 6., y la 4. tit. 11. P. 5.

(4) Dicha ley 17.

(5) L. 6. tit. 19. P. 6. v. Eso mismo seria.

(*) Véase lo que sobre esto se ha dicho en el §. 291.

una verdadera enagenacion; y asi, si el pupilo llegó á entregar el dinero y todavia existe en poder del que le recibió se puede vindicar, pues el pupilo por tal enagenacion no ha transferido dominio, y si no le ha transferido permanece señor, y por consiguiente puede vindicarle. Pero si el dinero ha sido consumido con buena fé por el que le recibió, aunque entonces no tiene lugar la *reivindicacion*, pero se dá al pupilo accion personal contra él para que le restituya todo lo recibido. Lo mismo seria si el pupilo pagase sin autoridad del tutor, pues esta tambien es enagenacion (1).

495. Síguese la 2.ª escepcion, y es, que uno que no es señor puede enagenar. De esta se pueden proponer dos ejemplos. El primero es del acreedor á quien ha dado su deudor alguna cosa en prenda, el cual no se hace señor de ella, sino que tiene un derecho en la cosa muy distinto del dominio; y con todo, no pagando el deudor puede venderla, y del precio que saque de ella satisfacerse (2). Esta enagenacion no la puede impedir el deudor, sino es que exhiba toda la deuda, pues de otra suerte seria inútil la prenda, y ninguna seguridad prestaria si nunca se pudiese enagenar.

496. Mas aunque esta regla es verdadera, con todo, por razon del modo con que se hace la distraccion de la prenda es menester distinguir tres casos: 1.º, si se pactó poder venderla si hasta un cierto dia no se hubiese pagado: 2.º si se pactó que no se venderia: 3.º cuando nada trataron acerca de esto el acreedor y el deudor.

497. En el primer caso, esto es, cuando se pactó vender la prenda, no se puede realizar la venta aunque se haya prefijado dia para la paga, y tratado que si esta no se hiciere en el dia señalado se pueda vender la cosa sin otro requisito, porque aun en este caso es necesaria la denunciacion ò aviso al deudor, la cual se ha de hacer en su persona si està presente en el lugar, y si no à los de su casa (3).

(1) Véase la ley 4. tit. 14. P. 5. * L. 4. tit. 11. P. 5.

(2) L. 41. tit. 13. P. 5.

(3) L. 41. tit. 13. P. 5.

Mas si por alguna causa no se pudiese dar aviso al deudor, entonces se podrá vender la cosa, pero en pùblica almoneda (1).

498. Cuando al tiempo de la convencion pactaron los contrayentes de nunca vender la prenda, no obstante, si pasados dos años, y amonestado por tres veces el deudor no pagare, se podrá vender sin hacer caso del pacto precedente (2), pero en almoneda.

499. Finalmente, si nada se trató al tiempo de la convencion sobre vender ò no la prenda, no se prodrá verificar la venta antes de que pasen doce dias siendo la prenda de cosa mueble, y treinta si fuere de cosa raiz: los cuales tèrminos se han de contar desde el dia en que el acreedor amonestô al deudor ante testigos (3).

500. El segundo ejemplo con que se prueba que uno que no es señor puede muchas veces enagenar, es el del tutor, el cual no siendo señor de las cosas pupilares, sino un puro administrador, con todo, puede por lo regular enagenarlas (4). Digo por lo regular, porque se debe distinguir de bienes muebles y raices. Las cosas muebles comunes, ó que no se pueden guardar, las puede enagenar por sì; mas las preciosas, y todas las raices no las puede enagenar, si no es por utilidad conocida ó por necesidad, como para dotar alguna de las hermanas del pupilo, ò para pagar alguna deuda de consideracion, que si se demora aumentarà las usuras: y en estos casos lo debe hacer con decreto del juez, quien en vista de las causas darà licencia para la enagenacion (5).

501. Aunque el recibir uno lo que se le debe no sea enagenacion, con todo, hasta esto se halla prohibido al pupilo sin autoridad de su tutor y decreto del juez; de tal suerte, que si

(1) Dicha ley en el medio.

(2) L. 42. tit. 13. P. 5. v. *otrosí decimos*, en el medio.

(3) Dicha ley 42.

(4) Arg. de las leyes 17. y 18. tit. 16. Part. 6.

(5) Leyes 18. tit. 16. Part. 6, y 60. tit. 18. Part. 3.

alguno le paga algo sin estos requisitos, y el pupilo ò menor pierde ó juega el dinero recibido, tendrá el deudor que pagar de nuevo, segun lo dispone el derecho, para evitar los muchos inconvenientes que resultan de hacer los pagos á los pupilos y menores. Todo lo dicho se halla terminantemente dispuesto en la ley 4.ª, tìt 14, Partida 5.ª

TÍTULO IX.

POR QUE PERSONAS SE PUEDE ADQUIRIR.

502. Para entender mas claramente las personas por medio de las cuales adquirimos, se debe establecer, ante todas cosas, el siguiente axioma. *Adquirimos no solamente por nosotros mismos, sino tambien por medio de nuestras cosas* : ninguno duda que sea mio el dinero que resulte del alquiler de mis caballos; que sea mia una ave que ha cazado mi halcon &c. Supuesto lo que hemos dicho ya de que lo accesorio sigue á lo principal, es nuestro todo aquello que se aumenta á nuestra cosa, ó por beneficio del arte ó de la naturaleza.

503. De aquì podriamos inferir, como se inferia antiguamente, que todo lo que el siervo adquiere lo adquiere para su señor (1); pero las disposiciones novìsimas de nuestro derecho, mirando con mas conmiseracion à los siervos, y deseando proporcionarles con que se puedan hacer libres, disponen que puedan tener peculio propio trabajando dos horas cada dia para sí, con tal que el demas tiempo que hay de sol à sol le empleen en servicio de sus señores (2) (a). A que se agrega que en el dia adquieren para sì cuanto se les dá, y sus señores les permiten ganar cuanto se les proporciona en sus manufacturas, no haciendo falta en las ocupaciones á que los destinan.

504. Lo dicho hasta aquí pertenece á los verdaderos siervos que en realidad están en nuestro dominio. Mas algunas veces sucede que no tenemos el siervo como señores, sino como

(1) Véase la ley 7. tit. 21· P. 4. * L.3. tit. 29. P. 3.

(2) Real cédula de 31 de Mayo de 1789, cap. 3.

(a) Por real órden posterior se mandó suspender el cumplimiento de esta real cédula, ínterin y hasta tanto que S. M. proveyera lo mas conveniente, segun asegura D. Antonio Javier Perez y Lopez en su Teatro de legislacion universal, tomo 12. art. esclavos * La real cédula fué comunicada á la audiencia de Buenos Aires, pero no lo ha sido la ordenanza que refiere Lopez; y asi creemos debe estarse al tenor de la cédula en cuanto las costumbres no la hayan derogado.

usufructuarios, esto es, la propiedad del siervo no nos pertenece, sino el usufructo. Otras veces un hombre libre nos sirve ó le tenemos por siervo con buena fé, aunque injustamente haya sido reducido á la servidumbre, v. gr., el patriarca Josè, que fuè esclavo de Putifár. Este á la verdad no es siervo, aunque viva en servidumbre, sino hombre libre. Veamos, pues, que se adquiera por medio de estos siervos fructuarios ò poseidos con buena fé. Para esto se ha de distinguir si adquieren algo por sus obras, ó por nuestra cosa, ó si de otra parte les viene alguna adquisicion. En el primero y segundo caso adquieren para el usufructuario ò poseedor de buena fé. En el tercer caso el siervo fructuario adquiere para el señor de la propiedad, y el hombre libre poseido con buena fè adquiere para sí (1). Los ejemplos en esta materia son claros, y no necesitan de especificarse.

505. Los hijos de familia, á mas de los siervos, han sido otro medio de adquirir; mas para su inteligencia esplicaremos què cosa sea peculio, como se divide, y què utilidad corresponde al padre en estos bienes. Esta palabra peculio parece derivarse á *pecude*, por razon de que en ganados consistia la principal riqueza de los antiguos. Así el que tenia mucho ganado se llamaba rico, y el que le contaba con prontitud y facilidad era pobre. Se inventò despues la moneda, pero retuvo el nombre de pecunia que habia tenido antes. De aquí nació que como lo que daban los padres à sus hijos para que girasen, consistia en algun número de ganados, se le llamò peculio. Este hasta el dia, ahora consista en dinero, ahora en efectos, no es otra cosa que un caudal que el hijo de familias ó el siervo maneja separado de los bienes del padre ó del señor. De donde se infiere, que un hombre que ni es hijo de familias, ni siervo, no puede tener peculio. El peculio de los hijos de familia se divide en militar y pagano: el militar en castrense y cuasi castrense, y el pagano en profecticio y adventicio (2).

---

(1) L. 23. tit. 31. P. 3.

(2) Leyes 5. 6. y 7. tit. 17. P. 4. * L. 13. tit. 6. P. 6.

506. El peculio militar es aquel que se adquiere por medio ô con ocasion de la milicia. Esta ó es armada, como cuando uno se emplea en las armas, ó togada, como cuando se ejercita en las letras ó en la judicatura : de aquì nace que un peculio se llama castrense y otro cuasi castrense. El primero se adquiere en la milicia armada, y el segundo en la togada, á la cual se refiere todo lo que se adquiere, no solo enseñando jurisprudencia, sino tambien teologìa, medicina &c., y cualesquiera artes liberales, ò ejerciendo los oficios de consejeros, oidores, jueces &c. (1). Hemos dicho en la definicion que no solo es peculio castrense lo que se adquiere por medio, sino tambien lo que con ocasion de cualquiera de dichas dos milicias percibe el hijo de familias; por lo cual pertenece al peculio castrense no solo la renta que se le dè por militar, sino las donaciones que el padre le haya hecho al partirse á la milicia para su ajuar, caballos ó armas &c., pues todo esto lo ha adquirido con ocasion de la milicia armada à que se ha dedicado (2). Por la misma razon al peculio cuasi castrense no solo pertenece todo lo que el hijo adquiere por las ciencias, v. gr., los honorarios que como abogado, catedrático, mèdico &c. recibe, sino tambien los gastos que su padre hace en sus estudios, en libros &c., porque todo esto le viene con ocasion de la milicia togada (3).

507. Tal es el peculio militar. Mas todo aquello que el hijo adquiere fuera de esta carrera pertenece al peculio pagano. En este, todo lo que viene al hijo de los bienes del padre, ò por su contemplacion, se llama *profecticio*; si le viene de otra parte, v. gr., de la madre ò de un estraño, será *adventicio*, al cual se reduce todo lo que el hijo gana por su propio trabajo; v. gr., por las artes mecánicas, como por sastre, carpintero &c., y todo lo que adquiera por fortuna, como tesoro &c. (†).

508. Hasta aquí solo hemos dado las definiciones del pe-

(1) Leyes 6. y 7. tit. 17. P. 4.

(2) L. 3. tit. 4. P. 5.

(3) Dicha ley 3 tit. 4. P. 5 en el fin.

(†) Váase la ley 13. tit. 6. P. 6.

culio castrense y cuasi castrense, profecticio y adventicio. Veamos ahora qué derecho tiene el hijo en ellos, y cual el padre. Esto se esplica muy bien con varias reglas.

509. 1.ª *El peculio castrense ó cuasi castrense con pleno derecho pertenece al hijo* (1). De esta regla se infiere que el padre en estos peculios no tiene ni el dominio ni el usufructo, ni aun la administracion, sino que el hijo tiene todos estos derechos. (2). Que al hijo en este peculio se ha como padre de familias; y asì puede de estos bienes hacer testamento, donar, vender y enagenar de cualquiera manera (3).

510. 2. regla. *El peculio profecticio con pleno derecho es del padre, y el hijo no tiene en él otra cosa mas que la administracion para ejercitar su industria.* (4). La razon consiste en que el hijo se reputa como una misma persona con su padre, y esto impide que puedan pactar ò contraer : no pudiendo pactar, no puede donar el padre al hijo, ni de consiguiente transferirle el dominio de las cosas donadas, pues permaneciendo señor del peculio profecticio, y no teniendo el hijo ningun derecho sobre este, siempre vendrian á quedar en poder de aquel.

511. Todavia es mas útil al hijo el peculio adventicio, del cual se establece esta 3.ª regla. *La propiedad del peculio adventicio ordinariamente està en el hijo ; el usufructo* y *la administracion en el padre* (5). Aquí pues ordinariamente tiene algo el padre, esto es, el usufructo y la administracion, y algo el hijo, conviene á saber, la propiedad. Esto es lo regular; pero hay varios casos en que sucede de otra manera ; y de aqui es que este peculio se divide en ordinario ó regular cuando el hijo tiene la propiedad y el padre el usufructo ; estraordinario ó irregular cuando el hijo lo tiene todo y el padre nada. Esto acontece en tres ca-

(1) LL. 6. y 7. tit, 17. P. 4.
(2) L. 6. ya citada.
(3) L. 3. en el principio. tit. 4. P. 5.
(4) L. 5. en el principio, tit. 17. P. 4.
(5) L. 5. dicho tit. 17. y P. 4.

sos: 1.º Si el hijo acepta una herencia contra la voluntad de su padre. 2.º Si se dona ô se lega algo al hijo con la condicion de que nada perciba el padre. 3.º Si el padre se maneja dolosamente en los bienes de su hijo, pues entonces en pena pierde el usufructo. Lo dicho no impide que haya muy grande diferencia entre el peculio castrense y cuasi castrense, y el adventicio irregular, pues en el castrense y cuasi, el hijo se ha como el padre de familias, y puede disponer con entera libertad de él: no asi en el adventicio, aunque puede testar de ambos habiendo llegado â la pubertad (1).

(1) Arg. de la ley 4· tit. 4 lib. 5. de la Rec.

TÍTULO X.

DE LOS TESTAMENTOS.

512. Síguese ya la materia de testamentos, que es utilísima, cuyo enlace con los títulos anteriores es fàcil de descubrirse. Comenzamos arriba à tratar de los modos de adquirir el dominio: los dividimos en naturales y civiles. Los naturales eran tres, *ocupacion, accesion y tradicion*, de los cuales se tratò bastantemente. Dividimos los civiles en singulares cuando se adquiere una cosa singular, y universales cuando se adquiere todo el derecho que otro tenia en sus bienes, v. gr., porque al comprador no pasan todos los derechos y obligaciones del vendedor se llama sucesor singular, pues solo sucede á otro en una cosa: por el contrario, un heredero es sucesor universal, porque todos los derechos y obligaciones del difunto pasan á él. Los singulares dijimos eran cuatro: *prescripcion*, de la que ya se trató: *donacion*, que impropiamente se podrá llamar en el dia modo de adquirir: *legado y fideicomiso*, de los cuales se debia ya tratar, pero el òrden de las instituciones de Justiniano, que nos hemos propuesto seguir, pide que se trate primero de los testamentos, y despues de los legados y fideicomisos.

513. La herencia, que segun hemos dicho, es el modo de adquirir universal, no es otra cosa *que la sucesion en todo el derecho que el difunto tenia.* Es de dos maneras: ò por testamento, cuando uno por el mismo difunto es llamado à la sucesion, ò ab intestato cuando la ley llama à alguno á la sucesion referida.

514. Testamento es *una legítima determinacion de nuestra voluntad, por medio de la cual disponemos para despues de nuestra muerte de la hacienda, bienes y derechos que nos competen, con institucion directa de heredero:* ó en términos mas precisos: *es una justa sentencia de nuestra volun-*

tad, que espresa lo que quiere se haga despues de la muerte (1). Se dice que es una sentencia ó *determinacion de la voluntad*, porque los que no pueden tener voluntad de disponer de sus cosas, como los que no han llegado à la pubertad, no pueden por esto testar, de la misma manera que los que no pueden declararla, como los sordos y mudos ò fàtuos. Debe ser *justa* esta determinacion, esto es, arreglada al derecho y con todas las solemnidades que este exije. Se añade: *con institucion directa de heredero*, pues no habièndola no valdrá como testamento, sino como una última voluntad ô codicilo (2).

515. Dijimos que el testamento es *una justa ó legìtima determinacion de nuestra voluntad*, y como esta se puede declarar ó por escritura, ó por viva voz, si se hiciere del primer modo se llamará *escrito ó cerrado*; si del segundo será *nuncupativo*, que tambien se llama *abierto* (3). Veamos ahora algunos axiomas, que supuesto lo dicho serân claros.

516. 1.° *Cualquiera puede testar por escrito ó de palabra*, pues ambos modos son aprobados por nuestro derecho (4).

517. 2.° *Se requiere entero juicio en el que hace testamento* (5). Por este defecto no podrá declarar su voluntad el que está destituido de uso de razon, y no sabe lo que piensa, ni lo que quiere. De aqui se infiere que ni el infante, loco ó mentecato pueden hacer testamento, como veremos despues.

518. De la misma definicion dada, y en que se dice que el testamento debe ser una justa y legìtima determinacion de nuestra voluntad, nace el axioma siguiente.

519. 3.° *Todas las solemnidades que las leyes exigen se deben guardar en el testamento; si una se omite, el testamento es injusto y nulo.* Es la razon porque estas solemnidades

(1) L. 1. tit. 1. P. 6.
(2) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec.
(3) LL. 1. y 2. tit 1. P. 6.
(4) Arg. de las leyes 1. y 2. dicho tit. y P.
(5) L. 13. tit. 1. P. 6

las introdujeron las leyes, y estas, siendo de derecho público, no pueden mudarse por la voluntad de los particulares. Por solemnidades entendemos aqui ciertos requisitos esenciales, que las leyes, de ninguna suerte quieren que se omitan en el testamento, y la razon por que las exijen está fundada en que no hay cosa que mas deseen los hombres que adquirir bienes por herencia, por cuya causa nada hay mas espuesto á fraudes y trampas que el testamento: impedir, pues, estas maldades intenta el derecho con establecer tantas solemnidades, tantos testigos y tantos requisitos, para que no sea fácil fingir un testamento, falsificarle ó corromperle.

520. Veamos ahora estas solemnidades: 1.ª es *la unidad de contexto*: se dice hacerse el testamento en un contexto cuando todas las solemnidades se ponen á un mismo tiempo, de suerte que no se interrumpe el acto de testar, y cuando no se mezcla otro acto estraño (1); v. gr., si el testador comenzando á declarar su ùltima voluntad celebrase algun contrato con uno de los testigos ò con otro, y despues continuase el testamento, no valdria por falta de unidad de contexto. Pero esto se ha de entender razonablemente, pues si al testador ó al testigo le sobreviene algun impedimento breve, v. gr., si al testador le dà un desmayo, ó al testigo se le ofrece alguna cosa urgente y necesaria, por estas interrupciones no dejaria de valer el testamento (2).

521. 2.ª La otra solemnidad esencial es la *presencia de los testigos.* Estos en el testamento nuncupativo (que comunmente se llama *abierto*, porque en él declara el testador por palabras su voluntad) deben ser tres á lo menos, vecinos del lugar donde se hace el testamento, otorgándose ante escribano público, pues si se hiciere sin él, ha de haber por lo menos cinco testigos vecinos, si fuere lugar donde los puede haber; y sino pudieren ser habidos cinco testigos, ni escribano

(1) L. 3. tit. 1. P. 6.
(2) La misma ley 3. citada.

en el lugar, à lo menos ha de haber presentes tres testigos vecinos del tal lugar. Pero si el testamento fuere hecho ante siete testigos, aunque no sean vecinos, ni pase ante escribano, teniendo las demas calidades que el derecho requiere, vale el testamento (1). En el testamento *in scriptis*, que comunmente se llama *cerrado*, se requiere para su valor que intervengan en él siete testigos y un escribano, y que asì el testador como los testigos firmen sus nombres encima de èl; y si el testador ó algunos de los testigos no supiere firmar, pueden los unos firmar por los otros, de manera que sean nueve firmas por todas con el signo del escribano (2).

522. Es comun opinion en el dia que no es necesario que los testigos sean rogados (3). Pero está prohibido ser testigos en los testamentos á los condenados por algun delito grave, como homicidio, hurto y otros semejantes: à los apóstatas de la fé: á las mugeres: á los menores de catorce años: à los siervos, mudos y sordos: à los locos y pròdigos, á quienes se ha prohibido la administracion de sus bienes (4). Tampoco puede ser testigo el padre en el testamento de su hijo, y al contrario; ni los que sean establecidos por herederos, ni sus parientes hasta el cuarto grado (5), en lo cual se encuentra bastante razon, pues si el padre al hacer su testamento llamase à sus hijos para testigos, ò si un testador hiciese que atestiguasen los hijos de su heredero, estos serian testigos en su propia causa; á que se añade para el primer caso, que el padre y el hijo se reputan por una misma persona. Mas no hay prohibicion para que los legatarios sean testigos, ni resultaria inconveniente de que lo fuesen, como tampoco le hay en que los testigos sean parientes entre sì, no siéndolo ni con el testador ni con el heredero.

---

(1) L. 1 tit. 4. lib. 5. de la Rec.

(2) L. 2 tit. 4. lib. 5. Rec.

(3) Véase sobre este punto á Gomez en la ley 3. de Toro n. 29.

(4) L. 9. tit. 1. P. 6.

(5) Véase la ley 11. tit. 1. P. 6., y la 14. y 16. tit. 16. P. 3.

523. Otra solemnidad necesaria en los testamentos es que sean escritos en el papel sellado correspondiente (1). Para el testamento abierto ò nuncupativo en que haya mejora de tercio y quinto, vínculo ò mayorazgo, fundacion, dotacion, ò memoria perpetua, se requiere que sea escrito en papel del sello primero, y los demas testamentos en que no haya ninguna de las cosas referidas se deben escribir en el del sello tercero (2).

524. Los testamentos cerrados, de cualquier género ó calidad que sean, se deben escribir en papel del sello cuarto enteramente, sin quedar ninguno que no lo esté, porque ha de servir de protocolo, y los originales y testimonios que se han de dar à las partes despues de abierto dicho testamento se deben escribir en la misma calidad de papel que está mandado para los testamentos abiertos (3). Pero si algun testador quisiese escribir su testamento cerrado en papel comun, lo podrà hacer, con tal que despues de abierto el escribano saque una copia para el protocolo escrita en pliegos todos del sello cuarto, y habiéndola testificado la ponga en el registro con el original, y todos los traslados que diere signados se escribiràn segun lo que queda dicho de los testamentos abiertos (*).

525. El testamento que tenga las dichas solemnidades, aunque en él no haya institucion de heredero, vale, segun nuestro derecho, en cuanto á las mandas y otras cosas que en él se contienen, y heredarà aquel que segun derecho ó costumbre de la tierra habia de heredar en caso que el testador no hubiese hecho testamento. Y si el heredero instituido no qui-

---

(1) Véase la ley 44. en el medio, tit. 25. lib. 4. Rec., que anula todos los instrumentos á que falte esta solemnidad.

(2) Real instruccion de 28. de Junio, inserta en cèdula de 23 de Julio de 1794., art. 50.

(3) Dicha Real instruccion, art. 51.

(*) La ley sobre papel sellado se vota en esta Provincia todos los años, y asi debe tenerse presente la que rija en el año que el testamento se otorgare.

siese heredar, vale tambien el testamento en las mandas y otras cosas que en èl se contienen (1).

526. Hay tambien otras cosas necesarias en los testamentos, asì de parte del testador como del heredero, por cuyo defecto se pueden viciar, de lo cual se tratarà en los títulos siguientes.

527. * Las leyes permiten dejar á otros la facultad de testar. El poder que se diere debe ser con las mismas solemnidades de los testamentos, y de otro modo no hace fé en juicio (2). El que dá el poder debe nombrar á los que quiere que se instituyan por herederos, y decir especialmente los objetos del poder (3); y el apoderado ò *comisario*, como le llaman las leyes, no puede hacer mas de lo que en èl se le manda (4). Si son dos ò mas los nombrados, y alguno ó algunos muriesen, ò no quisiesen usar del poder, la facultad queda por entero á los otros. Si los comisarios discordaren, debe estarse á lo que la mayor parte dispusiere, y sino hubiere mayor parte, se toma por tercero al juez ordinario del pueblo, y donde hay varios, al que la suerte designare (5).

528. * Los comisarios, para hacer el *testamento largo*, tienen el tèrmino de cuatro meses, estando en el mismo pueblo en que el poder les fué dado, y seis meses si están ausentes, pero dentro del mismo estado; mas si están fuera del reino ó de la repûblica, tienen el de un año, y no mas. No haciendo el testamento en estos plazos, pasa la herencia á los herederos ab intestato, y todo cuanto el difunto hubiere ordenado se tiene por hecho (6).

529. * Los comisarios no pueden revocar el testamento, ò las disposiciones que hubiese hecho el testador, á no ser que para ello se les diere espresa facultad (7). No pueden en

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec.
(2) L. 13. tit. 4. lib. 5. L.
(3) L. 5.
(4) L. cit.
(5) L. 12.
(6) L. 7.
(7) L. 8.

virtud del poder nombrar herederos al testador que no los hubiere nombrado. No pueden exheredar à ninguno de los hijos ni descendientes del testador ni hacerles ningun género de sustitucion, ni darles tutor, sino en el caso que en el poder se les diese facultad para alguna de estas cosas (1).

530. * Si el testador solo ha dado el poder para hacer el testamento, sin decir que se ha de hacer de sus bienes, ò sin nombrar heredero, ni dar facultad para nombrarle, no se reputa por esto como intestado. El comisario debe ante todo pagar las deudas del difunto, y distribuir por el alma del testador la quinta parte de los bienes, partiendo el remanente entre los parientes del testador; y sino los hubiere, la herencia no toca al fisco, porque la ley manda que despues de dar á la muger, si la tuviere, lo que por derecho le toque, se apliquen los bienes en obras piadosas, ùtiles al alma del testador, y no en otras cosas (2).

531. * Cuando el testador se ha limitado á solo nombrar herederos en el poder, el comisario no puede disponer sino del quinto, á no ser que se le hubiere dado poder para mas (3).

532. * No haciendo el comisario testamento, ni disponiendo de los bienes, porque no quizo, ò porque muriò, ó por habérsele pasado el tiempo, los bienes pertenecen entonces à los herederos ab intestato, los cuales no siendo hijos ni descendientes, ó ascendientes legítimos, son obligados à emplear el quinto por el alma del testador, pudiendo obligarlos el juez, y solicitarlo cualquiera del pueblo (4).

533. * Hecho el testamento por el comisario, no puede ya revocarle, ni hacer codicilo, aunque sea con objetos piadosos; ni otra declaracion alguna, aun cuando se haya reservado estas facultades (5).

---

(1) L. 5. tit. 4. lib. 5. Rec.
(2) L. 6. idem.
(3) L. 11. idem.
(4) L. 10. id.
(5) L. 9. id.

TÍTULO XI.

DEL TESTAMENTO MILITAR.

534. No hay cosa mas conforme al buen mètodo que despues de considerada una regla se propongan sus escepciones. Hemos visto las reglas que se deben observar en los testamentos: veamos ahora las escepciones que padecen. Los testamentos, ó son solemnes, en los cuales no se debe omitir alguna de las solemnidades esplicadas; ó menos solemnes, es decir, privilegiados, cuando por privilegio se dispensan, ó todas ó algunas solemnidades. De todas està exento el testamento de los soldados, y de algunas el hecho *ad pias causas*.

535. Por lo que hace á los soldados, estos por derecho de Partidas, aunque estando en su casa debian ordenar su testamento del mismo modo que los demas hombres, pero hallándose en campaña podian hacerlo con dos testigos, y estando en peligro de muerte por salir herido de alguna funcion bélica, ó ir á entrar en ella, como quisiesen ó pudiesen, por escrito ò de palabra, escribiéndole con su sangre en escudo, armas ò donde les parezca, y de cualquier suerte era válido pudiendo probarse con dos testigos presenciales, y no de otra manera. Todo lo cual se les ha concedido en atencion á la crìtica situacion en que estan, y peligro à que por defensa del Rey y de la Patria se esponen (1).

536. Por las reales ordenanzas del ejército, impresas el año de 1768, se declara que todo individuo que gozare fuero militar, le gozarà tambien en punto de testamentos en cualquiera parte que teste, dentro ó fuera de la campaña (2): que en el conflicto de un combate, ò sobre el inmediato caso de empezarle, ó en naufragio, ú otro inminente riesgo militar en

(1) L. 4. tit. I. P. 6.

(2) Reales orden. del ejèrc. de 1768, trat. 8. tit. 11. de testamentos, art. 1.

que se halle, pueda testar como quisiere ó pudiere por escrito, sin testigos, y que sea vàlida la declaracion de su voluntad, como conste ser suya la letra, ô de palabra ante dos testigos que conformes depongan haberles manifestado su ùltima voluntad (1): que serà vàlida la disposicion del militar escrita de su letra en cualquier papel que la haya ejecutado, ya sea en guarnicion, cuartel ô marcha, y que siempre que pudiere testar en paraje donde haya escribano, lo haga con èl, segun costumbre (2).

537. Pero por haber ocurrido algunas dudas sobre la inteligencia de este artìculo, se espidió una real cédula (3), en la que, á consulta del supremo Consejo de guerra, se declara por punto general que todos los individuos del fuero de guerra pueden, en fuerza de sus privilegios otorgar por si su testamento en papel simple firmado de su mano, ó de otro cualquier modo, en que conste su voluntad, ò hacerle ante escribano con las fórmulas y cláusulas de estilo, y que en la parte dispositiva puedan usar á su arbitrio del privilegio y facultades que les da la misma ley militar, la civil ó municipal. En virtud de esta real cédula hoy no solo los militares, sino todos los que gozan del fuero de guerra por sus destinos ò empleos, pueden testar sin las solemnidades prescriptas por derecho comun. De suerte que si hacen por sí su testamento no son necesarios los dos testigos que antes se requerian, respecto á no mandar que presencien, ni hablar de solemnidad alguna, aunque algunos autores opinan que por este silencio no se deroga la establecida, por ser necesaria derogacion especial. Pero si le otorgan ante escribano deben concurrir los testigos que la ley manda (4), respecto à usar de ella y no del fuero de guerra. Algunos tambien juzgan que la

(1) Art. 2. y 3. del mismo tit.

(2) Art. 4.

(3) Real cèdula de 24. dc Octubre de 1778.

(4) L. 1. tit. 4. lib. 5, Rec.

disposicion de esta cèdula no debe aplicarse à los hijos de los soldados y demas, por no gozar del fuero por razon de sus personas; por lo cual, para quitar dudas, seria conveniente nueva declaracion.

538. Los testamentos en que se hallan dispensadas muchas de las solemnidades pueden ser el que se hace en presencia del Rey, y el hecho *ad pias causas.* En el primer caso està dispuesto (1) que si algun caballero ú otro noble pidiere al Rey la merced de que presencie el otorgamiento de su testamento, concediéndoselo el Rey, y estando presente cuando se otorgase, serà vàlido, aunque no haya otro testigo.

539. Aunque no hay disposicion alguna por derecho civil sobre el testamento hecho *ad pias causas*, por derecho canónico basta para que sea válido, el que se otorgue ante dos testigos (2); y esto, segun muchos autores, se debe observar no solo en el fuero eclesiástico, sino tambien en el secular (3).

---

(1) L. 5. tit. 1. P. 6.

(2) Cap. 11. de Test.

(3) Covarrub. en el cap. 11. de Test. Molina de *just et jure*, trat. 2. disp. 134. Gonzalez en el cap. 10. y 11. de Test. * Atendidas las LL. Recopiladas no hay otro testamento privilegiado que el de los militares.

TÍTULO XII.

DE LOS QUE NO PUEDEN HACER TESTAMENTO.

540. En los títulos anteriores se ha esplicado el modo de hacer los testamentos, asi solemnes como privilegiados: veamos ahora que personas pueden ó nó hacerle. Por lo que hace á las personas de los testadores se puede dar esta regla general: *pueden hacer testamento todos aquellos à quienes no está espresamente prohibido*. Pero para no hacer un círculo vicioso enumeraremos los que estan prohibidos de testar por nuestras leyes.

541. Con solo atender à la definicion que hemos dado arriba del testamento se viene facilmente en conocimiento de la mayor parte de los que no pueden hacerle. Dijimos que el testamento es *una legítima disposicion de nuestra voluntad*. De donde se deduce claramente que no pueden testar: 1.° los furiosos y mentecatos, pues no saben ni entienden lo que quieren (1). Pero no solo vale el testamento que hizo el loco antes de su demencia, sino tambien el que hace durante sus lucidos intervalos, si los tiene, perfeccionándole en ellos, pues si antes de concluirle le vuelve el frenesí no valdrá (2); y asì, para anular el testamento del loco que tiene lucidos intervalos es necesario probar concluyentemente con el escribano y testigos instrumentales, que al tiempo de su otorgamiento estaba demente. (*)

542. Lo que se debe practicar cuando un loco que tiene lucidos intérvalos quiere hacer testamento, para evitar dudas, es que algun hijo suyo ò pariente acuda al juez, relacionando la enfermedad del paciente, y que suele estar en su acuerdo, y pidiendo dé facultad al escribano para que del mejor modo que pueda, esplore su voluntad con asistencia de médico y cirujano, que prèviamente declaren con juramento si está ó no capaz; y estándolo, ordene su testamento ante ellos,

---

(1) L. 13. en el medio, tit. 1. P. 6.

(2) Dicha ley 13.

(*) Véase la L. 2. tit. 14. P. 3. v. *Catenudo*.

y el competente número de testigos, y obtenida la facultad del juez, declararán el médico y cirujano si está ó no en su juicio; y constando estarlo, y pareciendo lo mismo al escribano, á su presencia, y á la de los testigos prevenidos por la ley, preguntará al testador todo lo concerniente à su ùltima disposicion, y especialmente al nombramiento de heredero y otras cosas concernientes, aunque sean contrarias á sus mismas respuestas, para cerciorarse de la sanidad actual de su entendimiento, é irà estendiendo lo que le responda, y las declaraciones del médico y cirujano â continuacion de la providencia judicial, sin pasar á estender otra claúsula antes de satisfacer á la anterior. Si sabe y puede firmar, le firmará con todos los testigos que supieren, y autorizado por el escribano, y evacuado todo, se presentará al juez, â fin de que le apruebe para su mayor validacion (1).

543. De la misma condicion son: 2.° los *prôdigos*, porque en todo el derecho se equiparan â los dementes (2), lo cual se ha de entender cuando ya por el juez se les ha prohibido la administracion de sus bienes (*) 3.° Los infantes y todos los que no han llegado á la pubertad, esto es, los hombres à los catorce años, y las mugeres á los doce (3), porque carecen del uso competente de la razon para declarar su voluntad. Pero cumplida la dicha edad, pueden testar sin licencia de sus ascendientes del tercio de sus bienes adventicios, castrenses y cuasi castrenses, aunque estèn bajo la patria potestad (4). 4.° Tambien el sordo mudo *á nativitate* está impedido de testar; pero si fuere por enfermedad y sabe escribir, podrá hacerlo; y tambien el sordo total, si es hábil para ello, le escribirá por sì mismo, y valdrá publicándole â presencia del escribano y testigos (5). Al

(1) Febr. tom. 1. Pag. 565. n. 17.
(2) L. 13. tit. 1. P. 6.
(*) L. 5. tit. 11. P. 5. y en ella Greg. Lopez.
(3) Dicha ley 13. citada.
(4) L. 4. tit. 4. lib. 5. de la R.
(5) L. 13. citada.

ciego no se debe impedir la facultad de testar; pero para que valga su testamento ha de ser hecho por escribano real y cinco testigos (1). Para que lo sea tambien el del condenado á muerte se requiere precisamente que sus bienes no hayan sido confiscados, ni comprendidos en la sentencia de su condenacion (2).

544. Hay algunos à quienes no se permite hacer testamento por razon de que los bienes que gozan no son suyos, sino de la iglesia y de los pobres: tales son los obispos, quienes de los bienes adquiridos por sus obispados, dignidades y demas beneficios eclesiásticos, â los cuales llaman profecticios, no pueden testar, aunque sí se les permite en vida donar á sus parientes pobres, amigos, criados y otros que los hayan servido (3). A los clèrigos seculares, aunque por derecho canónico solo les es permitido testar en favor de la iglesia, de los bienes adquiridos *intuitu Ecclesiæ*, en España por la costumbre muy antigua que ha habido de disponer libremente aun de estos bienes, se sostiene el testamento que hicieren (4).

545. Los canônigos regulares y demas religiosos profesos estan privados tambien de testar, porque para este efecto, y el de contratar se les tiene por muertos (5).

546. Finalmente, hay otros á quienes por algun delito, en pena se les prohibe hacer testamento: tales son los condenados por libelos infamatorios, los apóstatas y hereges, declarados tales por sentencia (6); pero no estàn impedidos los que por otros cualesquiera delitos son condenados á muerte civil ô natural, sino es que se les hayan confiscado los bienes por el tal delito, pues entonces no podrán testar (7).

(1) L. 2. tit. 4. lib. 5. R.
(2) L. 3. tit. 4. lib. 5. R.
(3) L. 8. tit. 21. P. 1.
(4) L. 13. tit. 8. lib. 5. R.
(5) LL. 8. tit. 21. P. 1., y 17. tit. 1. P. 6.
(6) L. 16. dicho tit. y P.
(7) L. 3. tit. 4. lib. 5. de la Rec.

547. Por lo que hace à los peregrinos ò estrangeros, lejos de serles entre nosotros prohibido el testar, está mandado que se les permita con toda libertad, imponiendo penas á los que se lo impidan (1).

---

(1) LL. 30. tit. 1. P. 6., y 2. tit. 12. lib. 1. Rec.

TÍTULO XIII.

DE LA DESHEREDACION.

548. Habiendo visto ya quien puede hacer testamento é instituir heredero, se sigue ver quien puede desheredar, á quien, y por que causas.

549. La desheredacion es *un acto por el cual los descendientes ó ascendientes son privados del derecho que tienen à ser herederos* (1). Solo aquel que es capaz de testar, y á mas de esto tiene herederos forzosos, esto es, descendientes ó ascendientes, puede desheredarlos, teniendo causas para ello. (2). Debe, pues, hacerse la desheredacion nombrando ò señalando al desheredado por su nombre, ó dando de él otra señal cierta que no deje duda de su persona, sin condicion y del total de sus bienes (3), pues no siendo asi no valdrá.

550. Las causas para que sea válida la desheredacion de los descendientes legítimos son, primera: por poner en ellos las manos airadas, ó maquinar su muerte de cualquier modo, ó procurar que pierdan ó se les menoscabe gran parte de su hacienda, ò acusarlos de delito porque deben morir ó ser desterrados; pero si el crímen es de lesa-magestad, y los descendientes lo prueban, entonces no deben ser desheredados (4).

551. La segunda, por infamarlos de modo que valgan menos, ô tener acceso con su madrastra, ò con amiga, sabiendo que es de sus ascendientes. Tercera: por ser hechiceros ó encantadores, ó vivir con los que lo son (5).

552. La cuarta, por no fiarlos, pudiendo, para que salgan de la prision; pero esta causa no comprende à las mugeres, porque estas no pueden ser fiadoras. La quinta, por

(1) L. 1. tit. 7. P. 6.
(2) L. 2. del mismo tit. y P.
(3) L. 3. del dicho tit. y P.
(4) L. 4. tit. 7. P. 6.
(5) Dicha ley 4.

impedirles que testen (1). La sesta, por lidiar por dinero con hombre ó con bestia contra la voluntad de su padre, ò hacerse juglares, ò representantes de profesion, no siéndolo este. La septima, cuando la hija resiste casarse queriendo su padre, y despues se hace ramera; pero si intentó casarse, y si su padre se lo difiere hasta la edad de veinte y cinco años, pasados estos, aunque se prostituya ò case contra su voluntad, no puede desheredarla (2).

553. La octava, cuando los descendientes no cuidan de recoger y alimentar à su ascendiente, que perdiò el juicio y anda vagando; pues si el ascendiente muere intestado, debe llevar el estraño que le haya recogido todos sus bienes; y si recobra su juicio, puede desheredarlos, y aunque antes de la demencia tenga hecho testamento instituyéndolos por herederos, si estando loco muere en casa del estraño, no vale là institucion de heredero (3). La nona, por no redimir, pudiendo, â sus ascendientes cautivos; pero para incurrir el heredero en esta pena ha de ser mayor de diez y ocho años (4).

554. La dècima, si los descendientes cristianos se pervierten volviéndose judios, moros ó hereges, siendo sus ascendientes catòlicos (5). La undécima, por contraer matrimonio que la iglesia declare clandestino (6); aunque hoy se duda de esta causa por ser nulo el matrimonio despues del Concilio de Trento cuando se contrae sin presencia del propio pàrroco y testigos.

555. Para que valga la desheredacion de los descendientes no solo se ha de espresar la causa, sino que debe probarla el testador ó el heredero instituido, y de otra suerte

(1) La propia ley 4.
(2) L. 5. tit. 7. P. 6.
(3) Dicha ley 5.
(4) L. 6. del mismo tit.
(5) L. 7. tit. 7. P. 6.
(6) L. 1. tit. 1. lib. 5. Rec.

no vale (1). Pero si el desheredado consiente en la desheredacion tácita ò espresamente, no puede reclamarla despues, ni debe ser oido en juicio (2). Y si el testamento en que se hizo se rompe ó le revoca el testador, no vale la desheredacion hecha en él (3).

556. Los descendientes pueden desheredar á sus ascendientes legítimos por ocho causas. La primera, por acusarlos de delito, porque deben morir ó perder algun miembro, escepto que el delito sea de lesa-magestad. La segunda por maquinar su muerte con yerbas, veneno &c. La tercera, por tener acceso carnal con su muger ò amiga. La cuarta, por impedirles disponer de sus bienes conforme à derecho. La quinta, por solicitar el marido la muerte de su muger, ò esta la de su marido. La sesta, por no querer dar â sus descendientes locos lo necesario para su conservacion. La séptima, por no redimirlos del cautiverio, pudiendo. La octava, cuando el ascendiente es herege y el descendiente es catôlico. Por cuyas ocho causas, siendo probada alguna de ellas, pueden los descendientes desheredar á sus ascendientes, y valdrá la desheredacion (4).

557. Aunque los hermanos no son herederos forzosos, y por consiguiente no cae en ellos la desheredacion, con todo, tienen accion para anular la institucion de heredero que ha hecho su hermano cuando les ha antepuesto una persona torpe ó infame. De esta accion se les priva en tres casos; 1.° por procurar la muerte de su hermano: 2.° por acusarle de delito por el cual merezca pena de muerte ó mutilacion: 3.° si le ha causado la pérdida de todos ò de la mayor parte de sus bienes. En estos casos, aunque una persona de mala vida ô infame sea instituida por heredero,

---

(1) LL. 1. tit, 9. lib. 3. del Fuero Real, 10. tit. 7. y 7. tit. 8. Part. 6.

(2) L. 6. tit. 8. P. 6.

(3) L. 2. tit. 7. P. 6.

(4) L. 11. tit. 7. P. 6.

no podràn los hermanos demandar cosa alguna del testamento de su hermano (1).

558. Finalmente, el heredero estraño pierde la herencia del que le instituyó por tal en seis casos: 1.° Cuando el testador fué muerto por obra ò consejo de alguno de su compañia, y el heredero, sabièndolo, entra en la herencia antes de quejarse al juez para que le castigue; pero si otros le mataron, puede entrar en ella, y despues querellarse hasta cinco años; y si en este término no lo hace, debe perderla y llevarla el Rey. 2.° Si abre el testamento antes de acusar à los delincuentes, estando cerciorado de los que lo son. 3.° Si el testador ha sido muerto por obra, culpa ó consejo del heredero. 4.° Por haber tenido este acceso carnal con la muger de aquel. 5.° Por decir de nulidad del testamento, pues si se declarare legítimo perderà la herencia. El 6.° y ùltimo es, si à ruego ó mandato del testador entrega la herencia al que por derecho es incapaz de heredar, constándole de su incapacidad. Por cuyas causas debe perder la herencia y pasará al Rey, y por las mismas, los legatarios sus mandas (2).

(1) L. 12. del mismo tit.
(2) LL. 13. tit. 7. P. 6., y 11. tit. 8. lib. 5. Rec.

TÌTULO XIV.

QUIENES PUEDEN O NO SER INSTITUIDOS POR HEREDEROS.

559. Llamamos heredero á aquel que despues de la muerte de alguno le ha de suceder en todos sus bienes, derechos y acciones, disponiendo de todo á su arbitrio (1). Puede serlo no solo el Rey, y las ciudades, villas, comunidades, sino tambien generalmente todo hombre ó muger, sea libre ò siervo, como no le esté prohibido por derecho (2).

560. No pueden ser herederos por nuestro derecho los apóstatas y hereges, siendo declarados tales por sentencia : el que á sabiendas se hace bautizar dos veces; y los colegios, cofradias ò ayuntamientos erigidos contra derecho, ó contra la voluntad del Rey (3). Tampoco debe serlo el traidor declarado, ni sus hijos varones; y estos no solo estan privados de heredar à sus padres, sino tambien â otro cualquiera pariente ó estraño, y de ser legatarios; pero las hijas puedan heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres (4). En la misma pena incurren los que dan consejo ò ayudan á hacer la traicion, pues todos sus bienes recaen en el fisco (5). Finalmente, està prohibido de ser instituido por heredero el confesor que asiste al enfermo en su ùltima enfermedad, ni puede haber manda, fideicomiso ni otra cosa suya, ni su iglesia, convento, ni deudo, pues nada vale de lo que en este estado les deja (6).

561. De lo dicho se infiere, que algunos estan absolutamente prohibidos de ser herederos, y son los que hemos dicho hasta aqui, los cuales por ninguno y en ningun caso pueden ser instituidos ; pero otros hay que solo son incapaces

---

(1) L. 1. tit. 3. P. 6.

(2) L. 2. del dicho tit.

(3) LL. 4. tit. 3. P. 6., y 6. y 7. tit. 8. lib. 5. R.

(4) LL. 2. tit. 2. P. 7., y 2 3 y 4., tit. 18. lib. 8. R.

(5) Véause las dichas leyes.

(6) Auto acord. 3. tit. 10. lib. 5. Rec., y Real cédula de 18. de Agosto de 1771 y 13 de Febrero de 1783.

respectivamente, ò en ciertos casos, fuera de los cuales no se les prohibe heredar: tales son los hijos ilegìtimos, y se llaman asi, porque no son nacidos de matrimonio, que por las disposiciones de derecho canónico y civil sea legìtimo, y por lo mismo no gozan, regularmente hablando, de las honras y bienes de sus padres y demas ascendientes (1).

562. Los hijos ilegítimos se dividen en dos clases, â saber: en naturales y espúrios. Los naturales son aquellos que nacen de hombre y muger libres de estado, de suerte que cuando los engendraron, ó al tiempo de su nacimiento, se podian ambos casar justamente, y sin dispensá alguna. A estos hijos deben criar y dar alimentos, no solo sus padres y madres, sino tambien sus abuelos y demas ascendientes por ambas líneas (2). Pero para que estos hijos se estimen por naturales se requiere tambien que sus padres los reconozcan por tales, en caso que no haya tenido en su casa, ni sido una sola la muger con quien los hubo, pues si la tuvo en ella, ó fue sola, si reconociò á uno, no necesitan los demas de ser reconocidos. (3)

563. A estos hijos pueden sus padres instituir por herederos y dejarles cuanto quieran, aunque tengan ascendientes legìtimos, con tal que no tengan descendientes legìtimos (4). Pero si el padre no hiciere mencion de estos hijos en su testamento, deben sus herederos darles lo necesario para sus alimentos á arbitrio de hombres buenos (5). Mas en el caso de tener descendientes legítimos, solo podrán haber el quinto de los bienes, sea en vida ò en muerte, pues de este tienen los padres libre disposicion (6), lo cual se les deja por razon de sus alimentos en caso que sus padres esten obligados á dárselos.

(1) Prol. y leyes 1. y 3. tit. 13. P. 4.
(2) LL. 1. y 2. tit. 15., y 5. tit. 19. P. 4., 11. al fin, tit. 13. P. 6.
(3) L. 9. tit. 8. lib. 5. de la Rec.
(4) L. 8. tit. 8. lib. 5. Rec.
(5) L. 8. tit. 13. P. 6.
(6) La misma ley 8. de la Rec.

564. Si la madre no tiene descendientes legítimos, debe heredarla *ex testamento y ab intestato* su hijo natural ó espúrio (como no sea de los prohibidos que diremos despues), aun cuando tengan legitimos ascendientes; de suerte que estan igualados los espùrios respecto de la madre con los solo naturales respecto del padre (1).

565. Los espùrios, aunque antiguamente se llamaron asi solo aquellos que no tenian padre conocido, ahora con este nombre se llaman todos los demas ilegítimos, fuera de los naturales, desde luego porque nacen y son procreados contra la pureza del derecho natural y divino, ofendida con mas especialidad en esta suerte de hijos. Se dividen en varias especies: unos son *adulterinos ó notos*, y son los que nacen de hombre casado y muger libre soltera, ó de ambos casados con otros. Otros se llaman *sacrílegos* y son los que nacen de fraile y monja profesos, ya sea por cópula entre ambos, ô por cada uno con otra persona; y los de clérigos ordenados *in sacris*, que igualmente se llaman *sacrílegos*. Todos estos son reputados por hijos de *dañado* ayuntamiento; y los de muger casada por de *dañado y punible*, porque por él incurre en pena de muerte (2). Tambien son espurios los que nacen de parientes dentro del cuarto grado canônico, sabiendo ambos el impedimento, y á estos llaman *incestuosos*. Finalmente los *manceres* ò mancillados son los nacidos de mugeres rameras prostituidas á todo hombre, por cuya causa se ignora quien es su padre, y á todos está obligada su madre, como conocida, â dar alimentos, pudiendo y necesitándolos (3).

566. A todos estos hijos espúrios (escepto los que son procreados por clérigo ordenado *in sacris*, ò por fraile ó monja profesos, compete ex testamento ò ab intestato el derecho solamente al quinto de los bienes de su padre ó madre,

(1) L. 7. tít. 8. lib. 5. R.
(2) L. 7. tit. 8. lib. 5. R.
(3) LL. 1. tit. 15., y 5. tit. 19. P. 4,

en el caso que estos los tengan legítimos; y asi, en virtud de la obligacion de alimentarlos que les está impuesta (1), no pueden mandarles mas en dicho caso (2). De cuyo quinto tiene facultad de disponer á su arbitrio en el tiempo de su vida, ô para despues de su muerte.

567. Pero los hijos de clèrigos ordenados *in sacris*, ò de frailes ó monjas profesos, nada pueden haber de ellos, como espresamente lo dispone una ley de Recopilacion por estas palabras: "Ordenamos y mandamos que los tales hijos de clérigos no hayan ni hereden, ni puedan haber ni heredar los bienes de sus padres clérigos, ni de otros parientes del padre, ni hayan ni puedan gozar de cualesquier manda, donacion, ó vendida que les sea hecha por los susodichos, ahora, ni de aquì adelante (3)." Por lo que hace á las madres, se debe tener presente la ley siguiente de la misma Recopilacion, que dice así: "Los hijos bastardos ó ilegítimos, de cualquiera calidad que sean, no pueden heredar á sus madres ex testamento, ni ab intestato en caso que tengan sus madres hijo ò hijos, ó descendientes legítimos; pero bien permitimos que les puedan en vida ó muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, de la cual podrian disponer por su ànima, y no mas, ni allende; y en caso que no tenga la muger hijos, ò descendientes legìtimos, aunque tenga padre ó madre, ó ascendientes legítimos, mandamos que el hijo ò hijos ó descendientes que tuviere, naturales ó espúrios por su órden y grado, le sean herederos legìtimos ex testamento y ab intestato, salvo si los tales hijos fueren de dañado y punible ayuntamiento de parte de la madre, que en tal caso mandamos que no puedan heredar á sus madres ex testamento ni ab intestato; pero bien permitimos que les puedan en vida ò en muerte mandar hasta la quinta parte de sus bienes, y no mas, de la cual podian

(1) L. 2. tit. 19. P. 4.
(2) L. 8. tit. 8. lib. 5. R.
(3) L. 6. tit. 8. lib. 5. R.

disponer por su ánima; y de la tal parte despues que la tuvieren puedan disponer en su vida, ó al tiempo de su muerte, los dichos hijos ilegítimos como quisieren; y queremos y mandamos que entonces se entienda y diga dañado y punible ayuntamiento, cuando la madre por el tal ayuntamiento incurriere en pena de muerte natural, *salvo si fueren los hijos de clérigos, ó frailes, ó monjas profesas, que en tal caso aunque por el tal ayuntamiento no incurre la madre en pena de muerte, mandamos que se guarde lo contenido en la ley que hizo el Sr. D. Juan el Primero, en la ciudad de Soria, que habla sobre la sucesion de los hijos de los clérigos supra próxima* (1)." De cuyas leyes se prueba que los hijos espùrios solo pueden heredar de sus padres, no siendo clérigos ó frailes, el quinto de sus bienes; y si lo son, nada; pero probablemente se juzga que aun en este caso no se entienden escluidos los alimentos (2). Que de sus madres son herederos forzosos en todos casos, escepto en tres. El primero, cuando la madre por haberlos procreado incurre en pena de muerte. El segundo cuando tiene hijos legítimos. Y el tercero, cuando es monja profesa. De cuyos casos, en los dos primeros aun les puede dejar el quinto, y en el tercero nada.

568. Hemos visto ya quienes pueden ó no ser instituidos por herederos, que es lo que se contiene en la primera parte de este título. Veamos ahora como se divide la herencia y en que partes. A esta llamaron los antiguos *As*, que significa un todo; y así, á la masa total de la herencia decian *As hereditario*, y le dividian en doce onzas, que cada una tenia su nombre especial; y asì, al que tomaba una onza, ó la duodècima parte de la herencia, le llamaban heredero *ex uncia*: si dos onzas *ex sextante*, y si finalmente era heredero del total se llamaba *ex asse* (3).

---

(1) L. 7. tit. 8. lib. 5. Rec.
(2) Arg. de la ley 5. tit. 19. P. 4., y de la ley 8. tit. 8. lib. 5. R.
(3) L. 16. tít. 3. P. 6.

Estas onzas se dividian en onzas, y medias; pero toda esta division es hoy inútil, pues todo testador, sino tiene herederos forzosos, divide sus bienes como quiere, y si los tiene debe instituirlos en el total, sin que le quede libertad de disponer á su arbitrio mas que del remanente del quinto si fuere padre, ó del tercio si fuere hijo.

569. Para lo que servia esta division de la herencia era para que no quedase cosa alguna sin partir á los herederos, pues tenian por cosa inadmisible que alguno muriese parte testado, y parte intestado; pero por nuestro derecho está esto espresamente permitido (1). Tampoco tendrà lugar en las herencias el derecho de acrecer, el cual no era otra cosa mas qne un derecho por el cual un heredero instituido en cosa cierta, ó parte cierta, v. gr., dos onzas, se llevaba el total de la herencia, si el testador no señalaba heredero para lo restante (2). Y la razon es la ya dicha, porque no hay prohibicion en el dia para morir parte testado y parte intestado; y asi, todo aquello de sus bienes de que no disponga el testador irá á sus herederos ab intestato, y el instituido en el testamento solo heredará aquella cosa ó parte que espresamente se le deja. Esto se entiende, siempre que no se colija otra cosa de la voluntad del testador, pues como esta se debe guardar religiosamente, tendrâ lugar el derecho de acrecer siempre que asi lo disponga. Otra cosa se debe decir en los legados, como veremos despues (3).

570. Síguese la tercera parte de este título, que trata de los modos con que se debe hacer la institucion de heredero. Esta se puede hacer ò puramente, ò bajo condicion, y aun para cierto dia, ó hasta cierto tiempo. Veamos ahora que cosa sea condicion, y de cuantas maneras puede ser (4). Condicion se llama una circunstancia por

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. de la R.
(2) L. 14. tit. 3. P. 6., derog. por la ley de Rec. cit.
(3) Tit. 20. de este lib.
(4) Tit. 4. P. 6.

la cual se suspende la cosa hasta realizarse un acontecimiento incierto (1). De donde se infiere que la condicion que mira al tiempo pasado y se llama de pretérito (a), no es propiamente condicion, pues no puede ser incierto lo que que ya ha sucedido; pero se tiene como condicion respecto á nuestra noticia. Se divide comunmente la condicion en posible é imposible: posible se llama aquella que puede verificarse: imposible es la que nunca podrá existir, y esta tambien se dice condicion con demasiada impropiedad; pero se conserva esta division porque no deja de tener algun uso (2).

571. La condicion posible se suele tambien dividir en potestativa, casual y mista (3). Potestativa se llama cuando está en potestad de los hombres su cumplimiento: casual es la que depende del acaso; y mista la que participa de ambas.

572. Las condiciones imposibles tambien son de varios modos. Unas son de derecho, y bajo este nombre se entienden todas aquellas que son contrarias á las leyes, á las buenas costumbres y à la piedad (4). Otras son imposibles por naturaleza, porque repugnan las leyes de la naturaleza el que tales cosas se verifiquen; v. gr., tocar el cielo con las manos (5). Otras son imposibles de hecho, y son aquellas que aunque no hay repugnancia en la naturaleza para que existan, con todo, no pueden verificarse

---

(1) L. 1. tit. 4. P. 6.

(a) Aunque es bastante vulgar la division de las condiciones que suele hacerse en condiciones de futuro, de presente y de pretérito, ya se ha insinuado que estas, como ni tampoco las de presente, son propiamente condiciones, y lo confirma la ley 2 tit. 4. P. 6., afirmando que solo la de futuro es rigurosa condicion. *Mas aquella es condicion propiamente que se face por palabra del tiempo que es por venir porque es dubdosa si se cumplirá ó non.* Son palabras de dicha ley.

(2) Dicha ley 1. tit. 4. P. 6.

(3) LL. 7. 8. y 9. tit. 4. P. 6.

(4) L. 3. tit. 4. P. 6.

(5) Dicha ley 3.

atendidas las facultades ordinarias de los hombres, por ejemplo, hacer un monte de oro (1). Finalmente, otras se llaman perplejas ò dudosas cuando no se puede entender su sentido, porque las palabras repugnan y son contrarias entre sí; v. gr., instituyo á Pedro por mi heredero, si Juan fuere mi heredero (2).

573. Toda condicion puede ser afirmativa ó negativa, tâcita ò espresa. Afirmativa será si su cumplimiento consistiere en hacer; v. gr., Ticio sea mi heredero si se casare. Negativa si consistiere precisamente en no hacer; v. gr., Cayo sea mi heredero, si no mudare de religion. Esta última tiene de singular que no suspende la consecucion de la herencia, siempre que el instituido por heredero dé caucion que si en algun tiempo hiciere contra la condicion puesta restituirà la herencia, la cual caucion se llama *muciana* (3).

574. Esplicadas ya las divisiones de las condiciones, síguese dar varias reglas para que se entienda que efecto producirán en la institucion de heredero. 1.° *Al heredero forzoso no se le puede poner condicion alguna, bajo la cual haya de recibir su parte legítima* (4). La razon es, porque las leyes destinan la herencia precisamente para èl; y asi no està en arbitrio, v. gr., del padre dar ó no la herencia á su hijo, como es necesario que estuviese para que le pudiese gravar con alguna condicion (5). 2.° *En el quinto cuando mejora un padre á su hijo tiene facultad á su arbitrio de imponerle los gravâmenes y condiciones que quisiere, con tal que le sean posibles y honestas* (6). Y la razon es porque el quinto es hacienda propia y privativa del padre, à la cual ninguno tiene adquirido derecho, y por lo mismo pue-

(1) Véase la ley 4. tit. 3. P. 6.
(2) L. 5. tit. 4. P. 6.
(3) L. 7. tit. 4. P 6.
(4) LL. 11. tit. 4. P. 6., y 17. tit. 1. de la misma P. al fin.
(5) Arg. de las mismas leyes.
(6) L. 11. dicho tit. 4.

de hacer de ella lo que le parezca (1). 3. *En el tercio, por ser verdaderamente legìtima de los descendientes, que se les debe por derecho natural y positivo, tampoco pueden los padres poner condiciones*; pero si se les permite que puedan poner el gravámen que quisieren, asi de restitucion como de fideicomiso, y hacer en el dicho tercio los vínculos, sumisiones y sustituciones que quisieren, con tanto que siempre lo hagan entre sus descendientes legìtimos tenièndolos, y si no entre sus descendientes ilegítimos que hayan derecho de heredarlos; y á falta de descendientes que lo pueden hacer entre sus ascendientes; y no teniéndolos, entre sus parientes; y finalmente, á falta de todos, entre estraños: por lo que de otra suerte no pueden poner gravámen en el tercio (2).

575. 4.ª *El heredero estraño debe cumplir cualesquiera condiciones posibles, y de lo contrario no adquirirá la herencia* (3). La razon es, porque el testador se ha respecto de su heredero como un legislador, y asi tiene facultad de obligarle à todo lo posible. Pero se debe advertir que si se ponen muchas condiciones copulativamente al heredero, estará obligado á cumplirlas todas; pero si las pusiere disyuntivamente, basta que se cumpla una; v. gr., si el testador, dijere Ticio sea mi heredero, si fabricare tal iglesia y diere mil pesos á los pobres, en este caso ambas cosas se deberian cumplir por el heredero. Por el contrario si uno instituye à su heredero de esta suerte, instituyo á Ticio por mi heredero, si se casare con mi hermana, ó si estudiare derecho, bastará que cumpla una ú otra de las dos cosas (4).

576. 5.ª *Si la condicion puesta depende del arbitrio de un tercero, y por culpa ó nolicion de este no se puede cumplir, se tiene por cumplida* (5). De esta suerte en el caso arriba

(1) Arg. de las leyes 10. tit. 5., y 7. tit. 12. lib. 3. del Fuero Real.
(2) Véase la ley 11. tit. 6. lib. 5. de la Rec.
(3) L. 7. tit. 4. P. 6.
(4) L. 13. tit. 4. P. 6.
(5) L. 14. del dicho tit.

puesto en el cual el heredero estaba obligado á casarse con la hermana del testador, si esta no quisiere, recibirà el heredero su herencia como si se hubiera verificado el matrimonio, pues no estuvo por él que la condicion no se cumpliese.

577. 6.ª *La condicion imposible, ya sea de naturaleza, de hecho, ó de derecho, se tiene por no puesta* (1). Nótese que de otra suerte sucede en los contratos. En estos la condicion imposible, lejos de tenerse por no puesta, los vicia. Pero la razon es clara: el testamento es un acto unilateral, y asi el heredero nunca consintiò en la condicion imposible. Mas los contratos como son actos bilaterales requieren el consentimiento de ambos; y asi el que consiente en la condicion imposible, ó no está en su juicio, ó està jugando y burlándose, por lo que en ninguno de los dos casos debe valer el contrato.

578. 7.ª *La condicion perpleja, â que llamamos dudosa, hace inútil la institucion de heredero* (2). La razon es clara: ya hemos dicho que por repugnar entre sì las sentencias en esta condicion no puede cumplirse, pero ni aun conocerse la voluntad del testador.

579. 8.ª *El heredero antes de cumplir la condicion no transmite la herencia á sus herederos* (†) pues ninguno puede transferir una cosa â la cual todavia no tiene derecho.

---

(1) L. 3. tit. 4. P. 6.
(2) L. 5. tit. 4. lib. 5. Rec.
(†) L. 6. tit. 4. P. 6.

TÍTULO XV.

DE LA SUSTITUCION VULGAR.

580. Las sustituciones fueron antiguamente frecuentes por motivo de que no aceptando la herencia el heredero establecido, quedaban los testamentos destituidos, y no producian efecto alguno. Mas ahora no siendo necesaria la aceptacion para el valor del testamento (1), han perdido las sustituciones (que se reducen á la vulgar) esta utilidad.

581. La sustitucion en general se define: *nombramiento de segundo ó tercer heredero, para el caso de que falte, ó no lo sea el primero.* (2). Puede ser la sustitucion ó directa, ú oblicua ó fideicomisaria. Directa se llama la que se hace por palabras directas ó imperativas, y da la herencia al sustituto sin intervencion de otro. La oblicua ó fideicomisaria es la que se hace con palabras de ruego, y da la herencia por mano de otro. Se divide tambien la sustitucion en seis clases, que son: vulgar, pupilar, ejemplar, compendiosa, brevilocua y fideicomisaria (3). En este título trataremos solamente de la vulgar, y en el siguiente de las demas.

582. Sustitucion vulgar se llama *aquella que puede hacer cualquier testador al heredero que instituye para el caso que no llegue á serlo* (4). Esta sustitucion suele concebirse en los términos siguientes: instituyo á Ticio por mi heredero, y si este no lo fuere, nombro por mi heredero á Cayo. Pero se debe advertir que para este caso lo mismo vale que el instituido en primer lugar no pueda, ó no quiera aceptar la herencia, pues en todos heredarà el segundo (5). Se hace tambien esta sustitucion clara ó tácitamente. Se dirà

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. R.
(2) Prol. y ley 1. tit. 5. P. 6.
(3) Dicha ley 1. tit. 5. P. 6.
(4) La misma ley 1.
(5) L. 2. tit. 5. P. 6.

claramente hecha cuando se esprese que no siéndolo el instituido lo sea otro, v. gr., en el caso ya puesto; y será tácita cuando el testador nombre á varios para que sea heredero el que de todos le sobreviva; v. gr., nombro á Ticio y à Cayo para que el que me sobreviva sea mi heredero. Si al tiempo de la muerte del testador viven ambos, llevarán con igualdad la herencia, y si uno solo está vivo la percibirá ìntegramente (1). Llámase vulgar esta sustitucion, porque la puede hacer cualquier testador á cualquiera que no tenga prohibicion de ser heredero, á diferencia de la pupilar, que solo la pueden hacer los padres de familia.

583. Pasemos ya á varias conclusiones que se deducen de la definicion dada. Dijimos que la sustitucion vulgar era institucion de un segundo heredero, y de aqui se infiere: 1.° que pueden ser sustituidos los mismos que pueden ser instituidos; y asi estan escluidos de ser sustituidos todos los que son inhábiles para ser herederos: 2.° puede sustituirse à uno en lugar de muchos, y á muchos en lugar de uno, lo cual no admite duda: 3.° el sustituto se entiende llamado á la misma parte de la herencia á que era llamado el heredero primeramente instituido; y asi, si el testador instituye por sus herederos, v. gr., á tres, á uno en la quinta, á otro en la sesta, y á otro en la octava parte de sus bienes, y les sustituye otros tres, uno al primero, otro al segundo, y otro al tercero, si alguno de los primeramente instituidos muere, ó no quiere aceptar su parte, la heredará el que le corresponda con arreglo á la institucion, aun cuando nada diga el testador sobre esto (2). La razon es, porque el sucesor no debe tener mas derecho que el que tenia aquel en cuyo lugar sucede.

584. La sustitucion vulgar fallece: 1.° si el sustituto muere antes del testador: 2.° si acepta la herencia el instituido.

(1) Dicha ley 2. ya citada.
(2) L. 3. tit. 5. P. 6.

TÍTULO XVI.

DE LA SUSTITUCION PUPILAR Y DE LAS DEMAS SUSTITUCIONES.

585. La sustitucion pupilar decimos que es *una sustitucion directa hecha por el padre de familias á sus hijos impúberes que se hallan bajo su potestad, para que no carezcan de heredero en el caso de que mueran antes de llegar â los años de la pubertad* (1). Tres diferencias se encuentran entre la sustitucion vulgar y la pupilar. 1.ª Sustituir vulgarmente pueden todos los testadores; pupilarmente solo los padres de familia. 2.ª Vulgarmente se sustituye á cualesquiera herederos; pupilarmente solo á los hijos impúberes. 3.ª En la primera se sustituye para un caso negativo, esto es, si el instituido no fuere heredero; en la segunda para un caso afirmativo: si mi hijo fuere heredero; y muriere antes de llegar á la pubertad (2).

586. Hemos visto la definicion de esta sustitucion: resta ahora ver varios axiomas que de ella nacen. 1.° *El fundamento de la sustitucion pupilar es la patria potestad* (3). Este axioma es claro, si atendemos á que las leyes solamente conceden al padre que sustituya pupilarmente, y esto cuando tiene al hijo en su potestad. 2.° *La causa de esta sustitucion es la poca edad del hijo, es decir, la impubertad.* Y es la razon, porque como los impùberes no pueden hacer testamento (4), para que no mueran intestados ha parecido justo que sus padres testen por ellos, la cual razon cesa luego que los hijos llegan à la edad de catorce ò doce años (5). 3.° *Cuando se sustituye pupilarmente hay dos testamentos.* Pero no se ha de entender que son dos por razon

(1) LL. 1. y 5. tit. 5 P. 6.

(2) LL. 1. y siguientes de dicho tit. 5.

(3) L. 5. ya citada.

(4) L. 13. tit. 1. P. 6.

(5) Vease toda la L. 5. tit. 4. P. 6.

de la forma y solemnidades, pues no se requieren mas testigos que los necesarios en cualquier testamento, sino por la doble institucion de heredero que se hace. De suerte que en este caso el padre hace primeramente su testamento, é instituye en el á su hijo por heredero; despues testa por este, y establece quien le herede, si muere antes de llegar à la pubertad; por lo cual equivalentemente hay dos testamentos (1).

587. Siendo, pues, el fundamento de esta sustitucion la patria potestad, se sigue: 1.º Que la madre no puede sustituir pupilarmente, pues nunca tiene á los hijos en su potestad (2). 2.º Que ni el padre podrà hacerlo á sus hijos emancipados, porque habiendo salido estos de la patria potestad por la amancipacion (3), y siendo el fundamento de la sustititucion pupilar la patria potestad, es evidente que carece de facultad para hacerla. 3.º Que ni el abuelo paterno puede sustituir pupilarmente, aun á falta del padre, pues aunque antiguamente tenia patria potestad en los nietos (4), hoy no la tiene (5) 4.º Que el padre puede sustituir pupilarmente aun á su hijo desheredado. La razon se infiere de lo dicho: el fundamento de esta sustitucion es la patria potestad, la cual no se pierde por la deshereda. cion (6). 5.º Que se acaba la sustitucion en el caso de que el hijo sea emancipado despues de hecha, lo que no necesita de prueba.

588. Hemos dicho en el segundo axioma que la causa de esta sustitucion es la poca edad del hijo, es decir, la impubertad; y de aqui se infiere: 1.º que no se puede sustituir al hijo sino para todo el tiempo que le resta hasta cumplir la edad prefinida por derecho: 2.º que se acabará

(1) L. 7. del mismo tit.
(2) L. 2. tit. 17. P. 4.
(3) L. 15. tit. 18. P. 4.
(4) L. 2. tit. 17. P. 4.
(5) L. 8. tit. 1. lib. 5. de la Rec.
(6) L. 6. tit 5. P. 6.

luego que la cumpla, pues no hay cosa mas natural que el que cese el efecto cesando la causa.

589. El 3.º axioma es que la sustitucion pupilar es doble testamento, por lo cual: 1.º no puede el padre dar sustituto á su hijo sin hacer antes testamento para si, pues no puede haber sustitucion sin que preceda institucion: 2.º el sustituto del hijo recibirá todos sus bienes por cualquiera línea que le vengan, pues entra en todos sus derechos (1) (a). Finalmente, anulàndose el testamento del padre, no producirá efecto la sustitucion pupilar, porque faltando lo principal falta tambien lo accesorio.

590. Aunque ya se han dicho varios modos por los cuales se acaba ó pierde su efecto la sustitucion pupilar, para mayor claridad los reasumiremos todos aqui. Estos son: 1.° cuando el hijo sale de la patria potestad: 2.° cuando llega á la pubertad: 3.° cuando el testamento del padre se anula ò se rompe: 4.° si se verificare el caso de que el hijo renunciase la herencia (2); y el 5.° si muriere primero el sustituto que el hijo.

ARTÍCULO I.

DE LA SUSTITUCION EJEMPLAR.

591. La sustitucion ejemplar es *una sustitucion directa que los ascendientes hacen á sus descendientes fàtuos, locos ó desmemoriados aunque sean mayores de veinte y cinco años, no por falta de edad para testar, sino por la de uso de su entendimiento* (3). Como esta sustitucion no tiene por fundamento la patria potestad, sino la necesidad, por el estado

(1) L. 7. tit. 5. P. 6.

(a) Acerca de si puede el padre escluir á la madre del pupilo de la sucesion de sus bienes por medio de la sustitucion pupilar espresa, es opinion que se controvierte por una y otra parte. Véase á Febr. tom. 1. pag. 431. n. 12.

(2) L. 10. tit. 5. P. 6.

(3) L. 11. tit. 5. P. 6.

deplorable del descendiente, la pueden hacer el padre, madre y abuelos à sus hijos legìtimos de ambos sexos, ya esten en su poder, ó casados ó emancipados, y tambien la madre á los naturales cuando les debe su legítima; pero no á los espúrios, como tampoco el padre puede sustituirles, ni á los naturales.

592. Llàmase esta sustitucion ejemplar, porque se hace á imitacion y ejemplo de la pupilar, y se ordena en estos términos: instituyo por mi heredero á Ticio, mi hijo legìtimo, y si falleciere en la locura ó fatuidad que padece, establezco por su heredero à Cayo, su hermano. En cuyo caso, muriendo el hijo en la demencia ò fatuidad, heredará el sustituto todos sus bienes (1).

593. Pero en esta sustitucion se ha de observar precisamente este òrden. Primeramente se han de nombrar por sustitutos del loco, fàtuo ó desmemoriado à sus hijos, pues aunque los tenga se les puede sustituir ejemplarmente. A falta de ellos á los nietos y demas descendientes por su órden y grado, no tenièndolos, á un hermano, como quieren algunos autores (2), ó á todos como quieren otros (3); y en su defecto á los estraños (a).

594. Se acaba la sustitucion ejemplar por una de estas tres causas: 1.ª cuando el loco ô fátuo recobra su juicio: 2.ª cuando le nace despues hijo ò hija; y la 3.ª cuando el que la hizo la revoca despues por testamento posterior (4).

(1) L. 11. tit. 5. P. 6.

(2) Sala, en sus notas à Vinnio en este tit. § 1. n. 9.

(3) Febrero tom. 1.° pag. 434. n. 15.

(a) Si aun en la sustitucion pupilar es muy dudoso que pueda ser escluida de la herencia la madre, y es mas probable segun algunos la contraria, ¿cuánto mas en esta, en que no hay el fundamento de la patria potestad como en la pupilar, sino solo la determinacion de la ley? Y asi parece que deberà observarse la ley 6. de Toro, que llama á la herencia á los ascendientes antes que à los hermanos del loco y que al estraño, tenièndose por derogada la ley 11. tit. 5. P. 6. Véase á Gregorio Lopez en dicha ley, palabra *otro estraño*; y á Covarrubías *de Test.*.

(4) L. 11. al fin, tit. 5. P. 6.

ARTÍCULO II.

DE LA SUSTITUCION COMPENDIOSA.

595. La sustitucion compendiosa es *una sustitucion directa que comprende, ó puede comprender á todos los herederos instituidos y á sus tiempos, edades y bienes que el testador les deja;* ó por mejor decir, es *una sustitucion que bajo el compendio de palabras contiene diferentes sustituciones segun la multitud y variedad de tiempos.* Como esta incluye en sí la pupilar, solo el padre la puede hacer á sus hijos impúberes que están en su poder, y se ordena en esta forma: instituyo por mi heredero á Ticio, mi hijo legítimo, y en cualquier tiempo que muera le sustituyo á Sempronio. En este caso, si el hijo no fuere heredero tendrá lugar la sustitucion vulgar: si lo fuere y muriere antes de la pubertad valdrá como pupilar; y si fuere loco ó fátuo como ejemplar (1).

ARTÍCULO III.

DE LA SUSTITUCION BREVILOCUA.

596. Esta sustitucion, á la que tambien llaman recíproca, es *una sustitucion directa que se hace mûtuamente á algunos herederos instituidos para el caso de defecto de algunos.* Llámase brevilocua, porque se hace brevemente, ó con pocas palabras; v. gr., instituyo por mi heredero á Ticio y Cayo, mis dos hijos legítimos menores de catorce años, y los hago mûtuamente sustitutos uno del otro. En cuya sustitucion, que solo puede hacer el padre, se incluyen cuatro, dos vulgares, y dos pupilares; pues si alguno de ellos muere dentro de la edad pupilar, ò si habiendo salido de ella no quisiere aceptar la herencia, la percibirá toda el otro instituido (2).

(1) L. 12. tit. 5. Part. 6.
(2) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec.

TÍTULO XVII.

DE QUE MODOS PIERDE SU EFECTO EL TESTAMENTO.

597. El testamento, segun nuestro derecho, unas veces no produce efecto alguno desde el principio, y otras habiendo sido vâlido en todas sus partes se vicia á lo menos en cuanto à la institucion de heredero, y entonces se dice que se rompe ó se rescinde. Cuando el testamento carece de las solemnidades esenciales que hemos esplicado ya que debe tener, ó cuando el testador es de aquellas personas que están inhabilitadas por derecho para este efecto, entonces el testamento que se hace se llama *nulo*, y no produce efecto alguno en todas sus partes; v. gr., un testamento nuncupativo hecho con solo dos testigos, ó con tres que no fuesen vecinos del lugar, ó si fuese herege ó apóstata el que le otorga.

598. El testamento vàlido en su principio se romperá en cuanto á la institucion de heredero, aunque valga en cuanto á las mandas (1), de dos modos. El primero, por la supernascencia de algun hijo, del cual no se hizo mencion en el testamento (†). El segundo, por otorgamiento de otro posterior. El primer modo se verificarà cuando al testador le nace de su muger legítima algun hijo ó hija, ó cuando adopta conforme à derecho, ô legitìma á alguno, de suerte que se haga heredero forzoso de sus bienes. En estos casos se anula la institucion de heredero estraño que se habia hecho, y entra en su lugar el hijo ô hijos à heredar toda la parte que conforme á nuestro derecho les toca, escepto el quinto; y todo lo demas del testamento subsistirá como tambien los legados hasta donde alcance el quinto, que es del que tienen los padres libre disposicion. Lo mismo se debe decir en el caso de que ya el testador tenga

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. de la Rec.
(†) L. 20. tit. 1. part. 6.

hijos, y le nazca otro, pues este sin anular el testamento entrará à la parte con los demas.

599. De tal suerte huyen nuestras leyes de anular los testamentos sin urgente necesidad, que fundándose en su espíritu opinan los autores que valdria la disposicion de uno que sabiendo que tiene hijos legìtimos no los establece por herederos; pero ni tampoco á un estraño, juzgândose en este caso que tâcitamente los llama, de lo cual se infiere que aun la pretericion no induce nulidad por nuestro derecho, pues en semejantes casos valen las mandas hasta aquella cantidad que alcance el remanente del quinto.

600. Por posterior testamento puede romperse el primero, no solo en cuanto â la institucion de heredero, sino tambien en un todo, siendo el segundo perfecto (1). Y la razon es, porque ninguno puede imponerse á sí mismo ley de la que no le sea lìcito apartarse, y mas permitièndolo espresamente el derecho en atencion à que la voluntad humana es variable hasta la muerte (2).

601. Pero aunque el testamento posterior se haya hecho con todas las solemnidades prescritas por derecho, será vãlido el anterior en dos casos. El primero, si creyendo el testador haberse muerto el heredero instituido en aquel, nombra á otro en este, espresando la causa de la nueva institucion, pues verificándose que el primero vive, llevará la herencia, y no el segundo; pero las mandas que ambos contengan valdràn en todo lo que haya lugar (3); y la razon de esto es la falsedad de la causa que motivó la segunda institucion del heredero.

602. El segundo caso es cuando el testador otorga su testamento con cláusulas derogatorias generales ò especiales, y en el que hace despues no se mencionan (4). Pero si el

---

(1) LL. 21. y 23. tit. 1. Part. 6.
(2) L. 25. tit. 1. Part. 6.
(3) L. 21. tit. 1. Part. 6.
(4) L. 22. del dicho tit. 1. Part. 6.

testador tuviese cuidado de espresar la derogacion que hace del primero con toda la individualidad necesaria, no hay duda que quedará revocado el primero (2).

603. Finalmente, se rescinde el testamento cuando es inoficioso.

---

(2) La misma ley 22.

TÍTULO XVIII.

DEL TESTAMENTO INOFICIOSO.

604. Inoficioso se llama el testamento que no está hecho conforme â la piedad que deben tenerse los parientes entre sì, por lo cual permite el derecho que habiendo este sido válido se rescinda, lo cual se pide con una accion que se llama *queja de inoficioso testamento*, y no es otra cosa que *una accion con la cual los ascendientes ó descendientes desheredados por su nombre, y con espresion de causa legítima, piden ser admitidos á la herencia en lugar del heredero establecido en el testamento, en atencion á que la causa no ha resultado verdadera.*

605. Como esta accion es odiosa, porque denota que el padre ó el hijo han faltado á los oficios de piedad, solo tiene lugar cuando no hay otro remedio para entrar en la herencia, y asi no será necesaria: 1.° Por la pretericion ò desheredacion hecha sin las condiciones prescritas por derecho, pues en este caso es *ipso jure nulla* la institucion de heredero (1). 2.° Tampoco serà necesaria al que haya sido instituido en una pequeña parte de la herencia, pues tendrá accion á que se le complete su legítima (2). De donde se infiere que solo habrá lugar á la queja entre descendientes y ascendientes en el caso insinuado en la definicion, esto es, cuando la desheredacion es enteramente arreglada á derecho; pero el heredero establecido, que es á quien toca probar la causa en caso de negarla el desheredado, ó de no estar probada por el testador, no lo hace suficientemente (3).

606. La queja de inoficioso testamento no se da conforme á derecho à todos los parientes del testador, sino

(1) L. 1. tit. 8. Part. 6.

(2) L. 5. del mismo tit.

(3) LL. 1. y 4. tit. 8. Part. 6.

solo á los descendientes y ascendientes á quienes se debe porcion legìtima. Mas los hermanos la tienen en un caso: este es cuando pudiendo ser herederos se les antepone una persona torpe ó de mala fama; pero no siéndolo, es libre cada hermano para dejar sus bienes á quien quiera (1).

607. Visto ya que es queja, y quien puede usar de ella, resta examinar que efectos produce, y cuando cesa. Cuanto á lo primero, el efecto de esta queja es anular la institucion de heredero, entrando el que debe heredar conforme á derecho, y en la parte correspondiente; y todo lo demas del testamento queda en su vigor (2), como son los legados, fideicomisos, nombramiento de tutor &c. Cuanto á lo segundo cesa la queja: 1.° Siempre que hay otro arbitrio para conseguir la herencia, pues este no es mas que un remedio subsidiario. 2.° Cesa siempre que se consiente en la desheredacion, ya sea espresa, ya tácitamente (3), como si dejase el desheredado pasar cinco años despues que el estraño hubiese aceptado la herencia, pues si pasado este tiempo se quisiere quejar, no debe ser oido, si no es que fuese menor de veinte y cinco años, que entonces tendrá accion hasta que los cumpla, y aun cuatro años despues (†).

608. Como hemos dicho que la queja de inoficioso testamento se da à todos los ascendientes y descendientes que por derecho se les debe porcion legítima, se hace preciso esplicar que parte de la herencia sea la que con este título se debe dejar por los ascendientes á sus descendientes, y por estos á aquellos; y para dar toda la luz necesaria á esta materia, se tratará tambien de las mejoras de tercio y quinto.

609. La legítima que se debe por nuestro derecho á los

---

(1) LL. 2. y 3. del mismo tit.
(2) L. 7. tit. 8. Part. 6.
(3) L. 6. del dicho tít.
(†) L. 4. tit. 8. Part. 6.

descendientes legítimos, comprende todos los bienes de sus ascendientes, esceptuando la quinta parte, de la cual pueden disponer à su arbitrio en vida ó en muerte (1), entendiéndose que solo es un quinto en ambos tiempos, como está declarado (2). De esta parte, y no del cuerpo de la hacienda del testador, se han de deducir los gastos de su funeral, misas, entierro y legados que haga el que tiene descendientes legítimos, aunque lo prohibiese espresamente. Mas la parte que los descendientes deben dejar á sus legítimos ascendientes, sea en testamento ò abintestato, cuando estos no tienen descendientes legítimos comprende solamente las dos tercias partes de los bienes que el hijo ó descendiente dejare por su muerte; y asi les queda facultad de disponer por su alma, ó entre estraños, del tercio (3).

610. Aunque, como se ha dicho, el testador que tiene hijos legítimos debe dejar á estos las cuatro partes de todos sus bienes, sin tener arbitrio para disponer en su perjuicio de mas que de la otra parte, à la que llamamos quinto, con todo, le concede el derecho facultad para que pueda asignar á uno ó á muchos de sus descendientes, sean hijos ó nietos &c., el tercio de sus bienes (4), la cual doctrina se percibirá mas claramente con lo que diremos inmediatamente de las mejoras.

611. Decimos hacerse mejora cuando el padre deja el tercio ó el quinto á uno, ó à muchos de sus hijos ô descendientes legîtimos (5); y es la razon, porque en esta parte que les deja señaladamente, los hace mejores respecto de los otros descendientes. Pero si el padre hace ambas mejoras, primero se saca el quinto, y despues el tercio para que sea mas cuantioso el quinto en favor del alma del testa-

(1) L. 12. tit. 6. lib. 5. Rec.
(2) Dicha ley 12.
(3) L. 1. tit. 8. lib. 5. Rec.
(4) L. 2. tit. 6. lib. 5. Rec., y la 9. tit. 5. lib. 3. del Fuero Real.
(5) Tit. 6. lib. 5. de la Rec.

dor (1). Acerca de las condiciones y gravámenes que pueden ponerse por los padres en el tercio ó quinto hemos dicho ya lo suficiente en otra parte (2).

612. Como las leyes permiten á los ascendientes que mejoren á sus legítimos descendientes por contrato entre vivos, ò por última voluntad, se infiere que si aquellos hacen donacion á alguno de estos, aunque no usen de la palabra *mejoro*, se entiende serlo en el tercio y remanente del quinto, contàndose lo que en estos quepa para que con ningun otro pueda hacerlo en mas de su importe, pues si asciende à mas, se tendrà por legítima, y escediendo á esta y á la mejora, deberá el donatario restituir el esceso á los coherederos (3). Pero si mandan que lo traiga todo á colacion y particion, no se entenderá mejorado, antes bien deberà restituir lo que escediere de su legítima la cantidad recibida, pues se infiere claramente que no le mejoraron.

613. Las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos por razon de dote ni casamiento, ni se entiende serlo tácita ni espresamente; y asi, aunque sus padres las mejorasen por razon de matrimonio no vale (4), y por consiguiente tampoco el pacto ò promesa que por esta razon haga el padre á su hija ó yerno de no mejorar á los demas hijos porque por este pacto es visto ser mejorada respecto à privarse el padre de hacerlo con los demas hijos, y recaer precisamente en ella la parte de mejora que entre ellos se habia de partir si su padre los mejorase. Pero por testamento ù otra última voluntad sì puede, porque no hay derecho que se lo prohiba. Lo mismo parece que sucederà por contrato entre vivos, con tal que el dotarlas ò casarlas no sea la causa impulsiva y final de la mejora, ó aunque lo sea no esceda la dote de la renta que prefine la ley 5.ª, tít. 2.°, lib. 5.° de la Rec., en cuyos casos, aunque supere á la legítima que

(1) L. 214. del Estilo.

(2) Tit. 14. de este lib.

(3) L. 10. tit. 6 lib. 5. de la Rec.

(4) L. 1. tít. 2. lib. 5. Rec., y auto 4. n. 24. tit. 12. lib. 7. de la Rec.

debe corresponderles atendido el valor de los bienes, que sus padres, ò el que los mejorò, dejen, parece que no tendràn obligacion de restituir el esceso, y que se les computará todo en la legítima.

614. Mas aunque una ley de Recopilacion (1) dice que para llamarse inoficiosas las dotes, se ha de mirar si esceden del valor del tercio, quinto y legítima, y si caben en los bienes que deja el que las diò ù ofreció, ó en los que tenia cuando las mandó, segun quisiere elegir la persona á quien fueron prometidas, *hoy no tiene lugar esta eleccion* (*), porque las hijas no pueden ser mejoradas por contrato entre vivos, sino en los dos casos propuestos. Por lo cual, si la dote que dá el padre á su hija escede de la legítima que la puede tocar cuando muere, atendido el valor líquido y efectivo de sus bienes, unido con el de la dote que haya dado antes á la hija existente en su dominio, debe restituir el esceso à sus hermanos por no transferírsela su dominio, ni podèrsela computar en tercio ni quinto, porque la ley resiste y anula esta donacion. A que se añade, que para poder dotar, y que la dote sea cöngrua y no se gradúe de inoficiosa, se ha de atender á las facultades del do·

(1) L. 3. tit 8. lib. 5. Rec.

(*) Dudamos de la verdad de esta resolucion, primero: porque la ley Recopilada en que el autor se funda, no deroga la ley 3. tit. 8. lib. 5. Recop.; pues aunque sea posterior á esta, es anterior en el órden del còdigo. Segundo: porque las leyes del mismo código jamas se derogan las unas á las otras, y no hay una primera y otra posterior, porque todas se reputan dadas en el mismo dia, en el dia de la publicacion del código. Tercero: porque la prohibicion de mejorar à las hijas *no es absoluta*, sino limitada à los contratos entre vivos; y la mejora que le vendria en el caso de que el autor habla, no resulta de ningun contrato, sino de un título estraño que la ley le ha dado, cual es, el de elejir el tiempo para la computacion de la dote en la legítima. Y finalmente, porque un derecho tan espresamente otorgado, no puede juzgarse destruido por una interpretacion talvez remota de una ley que no habló de la materia. Puede verse al Sr. Galindo en su Fenix, libro 3.° tit. 7.° prop. y Gloss. 7.

nante, à su calidad y condicion, y la de la dotada y su marido, á los hijos con que el donante se halla, y à la costumbre del pueblo. Pero bien podrá hacerles alguna donacion simple por mera liberalidad, pues cesando todo fraude valdrá, porque la ley citada reprueba solamente las mejoras por via de dote ò matrimonio, á causa de ser escesivas; mas no las donaciones provenientes de mera liberalidad, pues de lo contrario seria correctoria de las que permiten estas donaciones (1).

615. Pueden los ascendientes revocar hasta su muerte la mejora hecha á sus descendientes en contrato entre vivos ó ùltima voluntad, por las causas por qué se permite revocar las donaciones perfectas, á menos que siendo hecha por contrato entre vivos hayan entregado al mejorado la posesion de los bienes de ella, ò á presencia de escribano la escritura, ó que el contrato se haya celebrado con tercero por causa onerosa, v. gr., por casamiento ô por otra causa semejante, que en estos casos es irrevocable (2).

---

(1) Véase á Febrero tom. 6.° pag. 227. n. 25. y tom. 1.° pag. 353. n. 4.

(2) L. 1, tit. 6. lib. 5. R.

TÍTULO XIX.

DE LA DIFERENCIA QUE HAY DE HEREDEROS

616. Ya hemos dicho arriba que el heredero es un sucesor universal de los derechos y acciones que corresponden ó pueden corresponder al testador. La primera division de herederos que hallamos por nuestro derecho es, que unos son *ex testamento*, y otros *ab intestato*. Los herederos ex testamento son los que el testador nombra por tales, ya sean ó no consanguìneos, para que le sucedan en todos sus bienes, derechos y acciones; y asi, mediante su espresa voluntad, entran en ellos. Herederos ab intestato son los mas cercanos parientes del que ha muerto sin hacer testamento, ò si le hizo fué nulo por no ser arreglado à derecho; y estos solo por disposicion de las leyes le suceden en todos sus bienes, y por eso se llaman tambien legítimos.

617. Los herederos ex testamento se dividen en universales y particulares: universales se llaman los que suceden no solo en todos ò en una parte de los bienes del testador, sino tambien en sus cargas, por lo que se llaman propiamente herederos: particulares son los que suceden en cosa cierta y singular, v. gr., una casa, y estos son propiamente legatarios. Se subdividen los herederos ex testamento en forzosos, que tambien se llaman legítimos, en necesarios y voluntarios (1). Los forzosos son los hijos y descendientes legítimos del testador, y se llaman asì, no porque estén obligados á aceptar la herencia, sino porque sus ascendientes mas cercanos deben instituirlos precisamente por sus herederos, no teniendo causa legítima para desheredarlos: y se llaman tambien legítimos, porque nacen conforme à las leyes y disposiciones de la iglesia. De estos hay tres clases, que tienen alguna distincion: unos son nacidos y procreados durante matrimonio verdadero, para cuya celebracion no tu-

(1) L. 21. tit. 3. P. 6.

vieron sus padres impedimento canónico. Otros que aunque han sido engendrados y nacidos durante él, resultò despues entre sus padres algun impedimento que ignoraban ambos, ó á lo menos el uno. Y otros los que engendran y procrean soltero y soltera libres de impedimento canônico para casarse, pues si sus padres lo verificaren seràn legitimados por subsiguiente matrimonio (1). A todos los dichos deben sus padres instituir por herederos, aunque no estén en su potestad al tiempo de hacer el testamento, y les deben necesariamente suceder no habiendo, como ya hemos dicho, causa legal para desheredarlos; pues á los hijos en quienes concurren las calidades referidas, pertenecen los bienes de sus padres por derecho natural y positivo, y en ellos tienen cuasi dominio.

618. Ningun estraño puede entrar en parte con los descendientes legìtimos, y si fuere instituido heredero con ellos, será inválida è ineficaz en cuanto á êl la institucion; pero se comprenden entre los herederos legìtimos los *pòstumos*, y se llaman así los que nacen despues de la muerte de sus padres. Mas para que sean reputados por legìtimos es preciso que su madre los dè à luz lo mas à los diez meses de la muerte de su marido, y que al tiempo de esta viva en su compañia, pues si nacen, aunque no sea sino un dia entrado en el onceno mes, no se reputarán por legìtimos; pero sì naciendo dentro de los siete (2), ó de los nueve, que es lo comun.

619. En la clase de herederos forzosos y legítimos se comprenden tambien los ascendientes legìtimos, à los cuales sus descendientes, no teniéndolos legítimos, ù otro que hayan derecho de heredarlos, deben instituirlos por sus herederos, y lo son ex testamento y ab intestato (3), y no solo deben sucederles en sus bienes adventicios, sino tambien en

(1) LL. 1. tít. 13. P. 4., 2 y 4 tit. 6. lib. 3. del Fuero Real.
(2) L. 4. tit. 23. P. 4.
(3) L. 1. tit. 8. lib. 5. Rec.

los castrenses y cuasi castrenses. Los que han derecho de heredar á los descendientes legítimos, no teniéndolos estos, son el hijo natural legitimado por el subsiguiente matrimonio, ò por rescripto del Príncipe, y el adrogado, los cuales escluyen á los ascendientes legìtimos de la sucesion de los bienes de sus descendientes.

620. Los herederos necesarios por derecho de Partidas son los siervos del testador cuando los instituye por tales, y se llaman asì, porque una vez establecidos, están obligados à admitir la herencia de su señor, y á pagar no solo de los bienes de este, sino de los suyos propios adquiridos antes ò despues de su muerte, las mandas y deudas que deja, y por la institucion se hacen libres (1). Los voluntarios ó estraños son todos los demas, á los cuales se dan estos nombres, porque aunque sean parientes del testador, no tiene obligacion en el fuero esterno de dejarles sus bienes.

621. Acerca de la capacidad y habilidad del heredero, para serlo es necesario advertir que para que pueda heredar forzosamente al testador basta que no tenga impedimento legal al tiempo de su muerte, aunque al de la institucion lo hubiese tenido. Los necesarios (si se verificase el caso) han de carecer de él, así al tiempo de la institucion como al del fallecimiento. Mas los estraños deben estar libres é indemnes en tres tiempos: el primero cuando son instituidos: el segundo cuando muere el testador; y el tercero cuando aceptan la herencia, pues si en alguno de ellos le tienen no la llevaràn, antes bien entrarà en ella el sustituto, si lo hubiere, ù otro que con ellos sea instituido, á quien acrecerá; y si ninguno de estos hubiese, pasarâ à los parientes mas cercanos del testador (2).

622. En atencion à que el cargo de heredero era sumamente gravoso, por cuanto el que le aceptaba era compelido à pagar todas las deudas (3) del difunto, como que

(1) L. 21. tit. 3. P. 6.
(2) L. 22. tit. 3. P. 6.
(3) Prol. del tit. 6. P. 6.

era su sucesor universal y entraba representando su persona, para facilitarle se concedieron á los que fuesen herederos dos beneficios, que son: el derecho de deliberar, y el de inventario. El primero es *un espacio concedido por la ley al heredero dentro del cual pueda informarse, así del valor de la herencia, como del número de las deudas, y resolver si le tiene provecho ó no el aceptarla* (1). El tiempo que puede conceder el Rey es de un año, y los demas jueces inferiores nueve meses. Pero conociéndose que en menos tiempo se puede deliberar, solo se les deberàn conceder cien dias (2). Pero de este beneficio no se usa, por cuanto hay concedido otro mas útil y mas seguro, con el cual sin peligro alguno puede cualquiera aceptar una herencia.

623. Este es el de *inventario*, el que haciéndose conforme á derecho es de grande utilidad. Veamos, pues, que cosa sea inventario, cómo debe hacerse, y que efectos produce. Inventario no es otra cosa que *un instrumento en que se escriben y sientan todos los bienes que se encuentran, sea por muerte, ó por embargo de alguno* (3).

624. Se divide el inventario en solemne y simple: el primero es el que se hace observando todas las solemnidades prescriptas por derecho, y el segundo el que se formaliza haciendo solamente una descripcion ó nòmina de los bienes. Ambos convienen en el fin, el cual es que se conozca que bienes, de que clase, precio, peso y medida existen.

625. Para que el inventario solemne sea vàlido se requieren las condiciones siguientes: 1.ª Que se cite al efecto à los herederos (sino es que lo hagan ellos), legatarios y acreedores (4). 2.ª Que se haga ante personas públicas, con autoridad pùblica, como son juez y escribano; pero pare-

(1) L. 1. tit. 6. P. 6.
(2) L. 2. del mismo tit.
(3) LL. 99. y 100. tit. 18. P. 3., y 5. tit. 6. P. 6.
(4) L. 6. tit. 6. P. 6., de la que se infiere que vale el inventario aunque no se citen los legatarios; pero en este caso les queda el arbitrio para argüirle de diminuto.

ce que de necesidad no se requiere la presencia del juez (*) sino es en algunos casos que trae Febrero (1), y asi por lo regular basta la del escribano precediendo auto del juez, pues las leyes no piden este requisito de su presencia continua (2). 3. Que se inventarien todos los bienes que quedaron del difunto por clases separadas y por menor, con distincion de muebles, raices, semovientes, fueros, derechos y acciones, juntamente con todos los libros y papeles tocantes á los bienes hereditarios 4.ª Que se ponga en el inventario el dia, mes, año y lugar en que se comienza y concluye, al modo que en cualquier instrumento público, y de lo contrario no vale (3): la razon es porque el heredero debe acreditar haberle principiado y concluido en el tèrmino legal, y no podrà hacer prueba si carece del dia, mes y año; fuera de que, como instrumento público, se viciaria por esta falta, y seria lo mismo que no haberle hecho (4). 5.ª Que se principie y concluya dentro del término legal. El heredero, pues, debe comenzar el inventario dentro de los treinta dias primeros siguientes al en que sepa que está instituido por tal, y concluirle dentro de tres meses inclusos los treinta dias. Esto es, si en el distrito del pueblo donde falleciò el testador existen los bienes de la herencia, pues hallándose algunos en otra jurisdiccion se le puede conceder un año á mas de los tres meses (5). 6.ª Que presencien la confeccion del inventario tres testigos vecinos del pueblo en que se formaliza, varones y de buena fama, que conozcan al heredero ò inventariante, y que vean lo que se inventaria, oigan y entiendan lo que se escribe (6).

(*) Por la Real cédula para Indias de 20 de Enero de 1792 los padres y testadores tienen facultad para ordenar que los inventarios se hagan extrajudicialmente.

(1) Véase el tomo 6. pag. 14. n. 12.

(2) LL. 99. y 100. tit. 18. P. 3., y 5. tit. 6. P. 6.

(3) L. 13. tit. 25. lib 4. Rec.

(4) LL. 5. tit. 6. P. 6., y 13. tit. 25. lib. 4. R.

(5) LL. 100. tit. 18. P. 3., y 5. tit. 6 P. 6.

(6) LL. 100 tit. 18. P. 3., y 5. tit. 6. P. 6

7.ª Que el que hace el inventario le suscriba ó firme, y si no sabe, otro escribano por él (1). Pero lo que se práctica es, que uno de los testigos firme, pues no es posible que en todas partes se hallen dos escribanos (2). 8.ª Que el inventariante asegure que ha hecho fiel y legalmente el inventario sin engaño alguno (3), cuya cláusula regularmente se pone con juramento, aunque las leyes no lo previenen.

626. El inventario simple ó estrajudicial ciertamente no necesita de juez ni de decreto para hacerse, pero sí de escribano, y se formaliza con todas las solemnidades dichas.

627. Los principales efectos que produce el inventario son: 1.° que habiéndole el heredero verificado no puede ser reconvenido en mas de lo que monte el valor de los bienes que hereda: 2.° que no se le puede mover pleito mientras le está formando; y 3.° que en su consecuencia puede determinar sobre la renuncia ó aceptacion de la herencia, lo cual puede hacer por palabra ó por hecho (4).

(1) Id. id.
(2) Feb tom. 6. pag. 21. n. 27.
(3) LL. 100. tit. 18. P. 3., y 5. tit. 6. P. 6.
(4) LL. 5. 7. 10. 11. y 18. tit. 6. P. 6.

TÍTULO XX.

DE LOS LEGADOS.

628. El legado, que tambien se llama, manda, es *una danacion que alguno hace en su testamento*, ò *en otra disposicion testamentaria*; legatario se llama *aquel que es nombrado para su percibo.* (1).

629. Los legados se dividen en forzosos y voluntarios. Los primeros son aquellos que por derecho se deben dejar á ciertos y determinados objetos piadosos, quedando al arbitrio del testador la cantidad que quiera legar. Los voluntarios son los que dependen de la voluntad del testador como efecto de su liberalidad.

630. Habiendo visto que cosa es legado y su division, resta examinar ahora quien puede legar; â lo cual decimos, que todo aquel que puede instituir heredero y hacer testamento puede dejar legados; y como esto ya queda espuesto en el título de los herederos, y de los que pueden ó no hacer testamento, es inútil repetirlo. Asì, v. gr., vimos que el hijo de familias puede hacer testamento; luego puede legar: que el herege ó apòstata no le puede hacer; luego tampoco podrá dejar legados.

631. No tiene dificultad el saber á quienes se pueden dejar legados, pues es constante que son capaces de ello todos los que pueden ser instituidos por herederos, y que no tienen prohibicion de serlo al tiempo de la muerte del testador, aunque la hayan tenido al tiempo de dejárseles el legado (2). Esceptùase de esta regla el legado de alimentos, el cual es tan favorable, que se puede dejar aun à los incapaces de ser herederos, v. gr., el hijo espúrio (3).

---

(1) LL. 6. tit. 6., y 1. tit. 9. P. 6.
(2) L. 1. tit. 9. P. 6.
(3) L. 8. tit. 8. lib. 5.

632. Puede el testador mandar que paguen á otro algun legado á todos aquellos que reciben algo de su testamento, con tal que no los grave en mas de lo que hayan recibido de él (1); y así no hay duda que podrá mandar que dén legados, á su heredero, legatario, fideicomisario y donatario *mortis causa*, porque todos estos perciben alguna cosa de los bienes de la herencia; v. gr., puede un testador decir de esta manera: à Seyo le lego mi casa; à Sempronio lego mil pesos que le entregará á Seyo. Pero si á Seyo le hubiese legado mil pesos, y le mandase pagar á Sempronio un legado de mil y quinientos, no valdria semejante legado, porque se gravaria á Seyo en mas de lo que se le habia dejado (2). De lo dicho se infiere, que á ninguno se le puede dejar una cosa que sea suya propia, pues ninguna liberalidad se ejerceria con él dejàndole lo mismo que ya tenia antes. Pero si el testador me legase mi casa para el caso en que dejase de ser mia, seria vàlido el legado, y entonces el heredero, verificado el caso, deberia, ó redimirla para volvérmela, ó darme su estimacion. (†)

633. Uno de los puntos principales de esta materia es saber que cosas se pueden legar; y acerca de esto es regla general, que *se pueden legar todas aquellas cosas que existen ó pueden existir*, y así valdrá el legado que uno hiciera de la cosecha del año venidero. Tambien las cosas corporales ò incorporales de cualquiera especie que sean, se pueden legar útilmente (3), y así ninguno dudarà que se puede legar un usufructo, una servidumbre, una deuda activa, siendo todas estas cosas de las que se llaman incorporales. Se requiere con todo eso, que la cosa que se lega esté en el comercio de los hombres, pues de otra suerte ni se podrá dar, ni recibir; y asi será absurdo el legado de un templo, de una plaza pùblica, ò de un puerto, y de otras

(1) L. 3. tit. 9. P. 6.
(2) L. 3. tit. 9. P. 6.
(†) Arg. de la L. 44. tit. 9. P. 6.
(3) L. 15. id. * y ley 12.

cosas semejantes, pues todas estas estan exentas del comercio de los hombres (1).

634. Puede el testador legar no solo sus cosas y las de su heredero, sino tambien las agenas, y en este caso tiene obligacion el heredero á comprar de su dueño la cosa legada y entregarla al legatario; y si el dueño no la quisiese vender, la estimacion (2). Pero todo esto se entiende en el caso de que el testador supiese que la cosa que legaba era agena, pues si creia que era suya, á nada estará obligado el heredero, pues hay presuncion fundada de que no hubiera hecho el legado si hubiese sabido que la cosa no era suya, y siempre es de cargo del legatario probar que supo el testador que la cosa era agena, y si no lo verificare perderá el legado (3). De esta regla se esceptúa el caso de que el testador hiciese algun legado de cosa agena á su muger ó á algun pariente, pues entonces se presume que en todo caso se la quiso legar (4).

635 ¿Pero que se deberà hacer cuando el legatario ya haya adquirido la cosa agena que se le lega en algun testamento? En este caso se debe distinguir, si la adquirió por tìtulo oneroso ó lucrativo: si la adquirió del primer modo, le debe entregar el heredero la estimacion: si del segundo, el legado es inùtil por la regla que dice, que *dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma cosa y acerca de una misma persona* (5). Esta regla es digna de observarse, y de ella salen cuatro conclusiones. 1.ª Que si antes de la muerte del testador habia yo comprado la casa de mi vecino, y él, ignorante de la compra, me la habia legado en su testamento, se me debe la estimacion en este caso, porque la compra es título oneroso. 2.ª Que si la casa del vecino se me lega en dos testamentos de dos sujetos

(1) L 13. id. * y L. 47.
(2) L. 10. tit. 9. P. 6. * y. L. 38.
(3) Dicha ley en el medio.
(4) Id. al fin.
(5) L. 43. tit. 9. P. 6.

distintos, si ya la he recibido del uno, no puedo pedir del otro la estimacion, porque he recibido la casa por título lucrativo: por el contrario, si en virtud del legado del primer testamento solo recibí la estimacion, todavia puedo pedir la casa en fuerza del segundo, porque aun no la he adquirido, y asi no se verifica título lucrativo ni oneroso (1). 3.ª Que si se me ha legado la casa del vecino, y yo solo he adquirido una parte por título lucrativo, se me deberá la estimacion de la otra parte. 4.ª Que si se me ha legado alguna cosa agena, y yo solo he adquirido la propiedad sin el usufructo por título oneroso, entonces recibiré la estimacion de solo la propiedad (2).

636. Puede el testador legar las cosas suyas que tiene dadas en prenda à otro, y vale el legado (3); pues siendo constante que puede legar las cosas agenas, con mayor razon podrá hacerlo con las pignoradas, en las cuales retiene el testador la propiedad. Lo principal en este punto está en saber cuando tendrá el heredero obligacion de pagar la cantidad que adeuda la cosa empeñada, y cuando el legatario, para lo cual estableceremos varias reglas. 1.ª Sabiendo el testador que la cosa que lega està empeñada por menos de su valor, la debe desempeñar el heredero, y entregarla libre al legatario (4). 2.ª Si la cosa estaba empeñada por tanta ó por mayor cantidad de la que importa su valor, tambien la deberá desempeñar el heredero, ahora lo supiese ò no el testador (5). Si la cosa estaba empeñada por menos de su valor, y el testador lo ignoraba, entonces el legatario debe desempeñarla (6).

637. Vale tambien el legado de la cosa dada en prenda al testador, hecho al mismo que la empeñó; pero en este

(1) L. 44. tit. 9. P. 6.
(2) Arg. de dichas leyes.
(3) L. 11. tit. 9. P. 6.
(4) Dicha ley en el principio.
(5) Id. en el medio.
(6) Id. al fin.

caso el heredero tiene accion para pedir al legatario la cantidad que sobre ella le habia dado el testador (1), sin que por esto pueda decirse que es inútil el legado, pues queda al legatario la utilidad de tener en su poder la alhaja libre del empeño, y de esto es de lo que se hace el legado, à menos que el testador mande espresamente lo contrario.

638 ¿ Mas que se deberà decir cuando el testador haya legado una alhajá, por ejemplo, una casa y viviendo todavia la enagena? ¿ Será vàlido con todo eso el legado, ò no? En este caso distingue nuestro derecho: ò la enagenacion fuè por donacion, ó por venta: si fuè del primer modo se acaba el legado, porque presume el derecho que se arrepintió, y que quiso quitar el legado al legatario (2). Si del segundo, permanece útil el legado, y se debe la estimacion de él, por presumir el derecho que el haber vendido la cosa legada fué por urgencia que padeciò el testador, y no con intencion de revocarle (3).

639. Muchas veces se dejan legados de varias cosas incorporales, tales son el legado de *nombre*, de *liberacion*, y de *deuda*, las cuales especies se deben distinguir con cuidado. Legado de *nombre*, es cuando el testador lega à Ticio lo que le debe Sempronio. Legado de *liberacion* ò de libertad, es cuando se deja al legatario lo mismo que él debe. Finalmente, legado de *deuda* es cuando el testador lega à su acreedor lo mismo que él le debía pagar. Por lo que hace al legado de nombre, el efecto que este produce es que el heredero debe ceder al legatario las acciones que tenia el testador contra el deudor (4). ¿ Pero que se deberá hacer cuando esta deuda activa no sea buena, de suerte que el legatario nada perciba del deudor? En este caso

(1) L. 16. tit. 9. P. 6.
(2) LL. 17. y 40. dicho tit. y P.
(3) Dicha ley 40.
(4) L. 15. tit. 9. P. 6. * y principalmente la ley 47.

á nada mas está obligado el heredero, y cumple con traspasar al legatario todo el derecho que él tenia. Por el legado de liberacion ò de libertad està el heredero obligado à entregar al legatario la escritura de obligacion que hubiese otorgado á favor del testador, las prendas y demas seguridades de la deuda, y de este modo librarle enteramente de que se le pueda cobrar. Acerca de estos dos legados se puede mover una cuestion curiosa: ¿que se deberia hacer en el caso de que el testador cobrase en vida la deuda? ¿permanecerá útil el legado? Aqui distingue tambien nuestro derecho. Si el testador cobró y recibió la deuda, perece el legado, y no está obligado el heredero á dar la estimacion de él, porque se entiende que le revocò, pues cobró la deuda y se la entregaron; pero si el deudor la pagò de su voluntad no pidièndosela, entonces vale tanto el legado de nombre como el de liberacion, y el heredero está obligado à dar la cosa mandada en que consistia la deuda, ò su estimacion. Y la razon es, porque recibiendo el testador la cosa adeudada sin pedirla, se presume que su intencion es guardarla para aquel á quien la legò (1).

640. El legado de deuda se puede dudar con bastante razon si será ùtil, porque parece que ninguna liberalidad es que el deudor legue á su acreedor lo mismo que le debe: por otra parte el heredero aun sin legado tiene obligacion de pagar todas las deudas del difunto. Mas con todo, muchas veces el legado de deuda es útil: figuraremos tres casos en que lo es evidentemente. 1.° Cuando el testador debe bajo de condicion, ó para cierto dia, entonces la utilidad del legado es suma, porque en virtud de èl está obligado el heredero á pagar luego al punto. 2.° Cuando la deuda solo es de escritura sin hipoteca, pues por el legado adquiere el legatario derecho de hipoteca en todos los bienes de la herencia. 3.° Cuando la deuda no está lìquida, ó es dificil de probarse, pues entonces trae al legatario

(1) L. 15. tit. 9. P. 6.

la utilidad de poder probar con el testamento la verdad de la deuda, y de poder solicitar su cobro por la via ejecutiva.

641. Hay tambien legados que se llaman *de gènero, de especie y de cantidad*, y sus diferencias son dignas de notarse. Género llaman los juristas lo que para los filòsofos es especie; v. gr., un caballo, un libro, un vestido. Especie, por el contrario, à lo que los filósofos individuo; v. gr., tal caballo de mi caballeriza, las obras de Heinnecio de mi libreria, un vestido de terciopelo negro que tengo en mi ropero &c. Finalmente, cantidad es un gènero determinado con cierto número; v. gr., cuatro caballos, mil pesos. Por lo que hace al legado de especie se deben observar las reglas siguientes: 1.ª *La especie legada no perece para el heredero, sino para el legatario.* Para esto hay dos razones: la primera porque el dominio de la cosa legada, pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador (1) y la cosa perece para su dueño. La segunda, porque el heredero solamente es deudor de cierta especie y asi se libra si perece esta (†). Se esceptúa de esta regla el caso de que el heredero sea moroso en entregar la cosa legada pues entonces perece para èl, y tambien cuando por culpa suya pereciere, pues como deudor presta hasta la culpa leve (2). 2. *Cuando se lega una universidad de cosas, por ejemplo, una manada de ovejas, el aumento ó disminucion que tuviere pertenece al legatario;* (‡) y asi, si la manada al tiempo de la muerte del testador era de cien ovejas, y despues con las que nacieron se aumentò hasta ciento y cincuenta, esta utilidad es para el legatario. Por el contrario, si por muerte de las ovejas se disminuyò la manada hasta quedar en veinte cabezas, este daño será tambien del legatario por la razon ya dada de que el domi-

---

(1) L. 31. tit. 9. P. 6.
(†) L. 18. tit. 11. P. 5. y L. 9. tit. 14. P. 5.
(2) L 41. tit. 9. P. 6. * L. 19. tit. 11. P. 5.
(‡) L. 37. tit. 9. P. 6.

nio de la especie legada pasa al legatario inmediatamente despues de la muerte del testador.

642. Por lo que hace al legado de género se deben observar en èl dos reglas. 1.ª Que *para que sea ùtil es necesario que sea de gènero ìnfimo, y que tenga ciertos y determinados lîmites por la naturaleza*; y asi no producirá efecto si el gènero fuere supremo, ò sin determinacion por la naturaleza. Esto, esplicado de este modo, parece oscuro; pero se hará claro con los ejemplos. Un caballo, v. gr., es legado de género ínfimo, y cualquiera sabe que cosa es un caballo: mas un legado que se hiciese de un animal ó de una cosa absolutamente, seria legado de género supremo; y asi seria cosa absurda y ridícula legar á Ticio, v. gr., un animal, pues en este caso cumpliria el heredero con entregarle una mosca ó una pulga. De aqui se infiere claramente la razon de una ley (1) que dice, que si el testador legare á uno una casa sin tenerla, no està obligado el heredero â comprarla, ni vale el legado, pues presume el derecho que el testador se burla, porque semejante legado seria de un género indeterminado, y que no tiene lìmites por la naturaleza; y asi solo valdria cuando el testador tuviese alguna ò algunas casas, pues entonces se entenderia que le legaba una de ellas.

643. 2.ª *En el legado de gênero tiene la eleccion el legatario, pero de tal suerte, que no puede elegir lo mejor* (2); v. gr., si el testador me lega un caballo de su caballeriza, no le toca al heredero darme el que le pareciere, sino que yo puedo escoger el que guste, con tal que no escoja el mejor, y en esto se diferencia el legado de género del legado de opcion.

644. Legado de *opcion* ó de eleccion se llama cuando el testador con palabras espresas y terminantes concede al legatario que entre muchas cosas de un mismo gènero escoja

(1) L. 23. tit. 9. P. 6.
(2) Dicha ley, tit. y P.

la que le parezca mejor; v. gr., si uno en su testamento dijese de esta manera: lego á Ticio el caballo que eligiere de mi caballeriza, ò el que mas le agradare (1). En este legado se deben notar tres cosas. La 1.ª es que puede el legatario tomar lo mejor, lo cual no podia en el legado de género (2). La 2.ª, que una vez hecha la eleccion no puede arrepentirse y volver á escojer por parecerle que no escogió lo mejor, sino que á si mismo se debe imputar si hizo una eleccion imprudente (3). La 3.ª, que si el legatario en vida no elije, lo podrán hacer sus herederos, de suerte que aun la opcion pasa à ellos (4).

645. Resta dar una regla que es comun al legado de género y de cantidad, la cual es esta: *ni el gênero ni la cantidad perecen* (5). La utilidad de esta regla es insigne; porque si, v. gr., á mi se me hubiera legado un caballo, ó la cantidad de cien pesos, y el heredero le hubiese comprado para dàrmele, ò hubiera contado y prevenido los cien pesos, y un ladron se lo hubiera hurtado todo, no podrá el heredero escusarse ò librarse de pagar el legado, porque el género y la cantidad siempre existen en el mundo, y nunca perecen.

646. Finalmente, se pueden legar los hechos; y es la razon, parte porque son ò pueden ser de utilidad, y parte porque al testador le es lícito obligar á su heredero á hacer cualquier cosa que le parezca, con tal que no sea torpe ni ridícula ó de burla, y asì valdria el legado que un testador hiciese de esta suerte: mando à mi heredero que todos los años le siembre su campo á Ticio; pero seria absurdo é inútil este: mando á mi heredero que todos los años en el dia del nacimiento de Ticio baile desnudo en su calle.

---

(1) L. 25. tit. 9. P. 6. * L. 26.
(2) Dicha ley 25., y la 23. tit. 9. P. 6.
(3) Dicha ley 25. tit. 9. P. 6.
(4) L. 26.
(5) Arg. de la ley 41. tit. 9. P 6.

647. Síguese ahora tratar del derecho de acrecer, el cual no es otra cosa que *un derecho por el cual la parte del colegatario que muere, ó no la recibe acrece, al otro*. Este derecho por las leyes de Partida, tenia lugar no solo en los legados, sino principalmente en las herencias (1), pero por razon muy diversa. En las herencias era porque ninguno podia morir parte testado y parte intestado, lo cual en el dia de hoy por la ley de Recopilacion (2) está permitido â cualquiera. Pero en los legados el derecho de acrecer nace de la presunta voluntad del testador, y se puede verificar hasta el dia; porque cuando un testador juntó â Ticio y á Mevio en un legado, parece que desde luego quiso que se faltase el uno, mas bien su parte pasase al otro, que no que volviese al heredero. Trataremos, pues, ahora de los requisitos necesarios para que se verifique el derecho de acrecer en los legados, supuesto que en las herencias no tiene lugar, si no es por voluntad del testador, y no por necesidad alguna (3).

648. Dos son los requisitos para que se verifique el derecho de acrecer. El primero, que falte el colegatario, y que sea antes de la muerte del testador; porque si le sobrevive aunque sea por un momento, pasa el legado á los herederos, y ya no acrece al otro legatario (4). El segundo, que sean conjuntos, y se llaman así los legatarios que son llamados â recibir una misma cosa, por ejemplo: á Ticio y á Mevio les lego mi casa. Por el contrario, si â Ticio se le lega la casa, y á Mevio un campo, aunque falte uno de los dos, nada acrece al otro (5).

649. Veamos ahora de cuantos modos puede ser la conjuncion. Se divide en conjuncion *en la cosa*, en conjuncion *en las palabras* solamente, y en *mista*, esto es, en la cosa y

(1) L. 14. tit. 3. P. 6.
(2) L. 1. tit. 4. lib. 5. R.
(3) Véase la nota de Sala en el Vinnio, lib. 2. tit. 14. § 5. y 7.
(4) L. 33. tit. 9. P. 6.
(5) L. 33. tit. 9. P. 6.

en las palabras juntamente. Se dice ser conjuntos en la cosa cuando muchos son llamados á recibir una misma, pero en diversas proposiciones; v. gr., à Ticio le lego mi casa: à Mevio lego la misma casa; y á estos llaman tambien disjuntos, porque sus nombres están puestos en diversas proposiciones. En palabras solamente se llaman conjuntos los que son llamados á una misma cosa en una sola proposicion, asignándoles partes, no físicas, sino intelectuales; v. gr., á Ticio y á Mevio lego mi fundo en iguales partes. Conjuncion mista se da cuando una misma cosa es legada â muchos en una proposicion y sin señalar partes; v. gr., à Ticio y Cayo lego mi fundo (1).

650. En todos estos casos, sea que el uno de los legatarios no quiera su parte, ó que muera antes que el testador, acrecerá á los demas, siempre que se presuma así de la voluntad del difunto por no espresarse cosa en contrario (2).

651. Falta decir algo del modo de legar. Se pueden hacer los legados puramente, para algun dia (lo cual se llama en latin *ex die vel in diem*), bajo de condicion, con demostracion, con causa ò con modo. Puramente se lega cuando no se suspende el legado por ninguna circunstancia ni acontecimiento; v. gr., lego á Ticio cien pesos (3). En esta especie de legados se debe tener por regla general que se debe y se puede pedir al instante de la muerte del testador. Se dice deberse un legado cuando, aunque hay obligacion de pagarle, todavia no se puede cobrar: por el contrario, cuando ya se puede exigir la paga ô entrega de él, se dice que se puede pedir; de suerte que el sentido de la regla dada es que el legado que se deja puramente, hay obligacion de pagarle inmediatamente que muere el

(1) Dicha ley 33.
(2) La misma ley 33.
(3) L. 31. en el principio tit. 9. P. 6.

testador, y que tambien en el mismo instante se puede cobrar (*).

652. Legado desde algun dia, es aquel que tiene tèrmino desde cuando debe comenzar; v. gr., lego á Ticio mi casa diez años despues de mi muerte; y legado hasta cierto dia, es aquel que se hace señalando el tiempo que debe durar; v. gr., á Ticio le lego mi hacienda por diez años (1). En el primer caso, si el dia es cierto, se debe luego el legado, pero no se puede cobrar hasta pasados los diez años: en el segundo al punto se debe y se puede cobrar. Mas si el dia señalado fuere incierto, de suerte que se ignore si existirá ó no, entonces el dia se tiene por condicion.

653. Del legado condicional nada hay aquì que añadir, pues todo se ha esplicado ya cuando se tratò de la institucion de heredero. Una regla solamente se debe observar en este particular, y es, que el legado condicional ni se debe ni se puede cobrar antes de que exista la condicion (2). De donde se sigue, que si el legatario muere antes que se cumpla la condicion, nada transmite á sus herederos sino que espira el legado.

654. Con demostracion se dice que lega un testador siempre que hace descripcion de la persona ó de la cosa legada; v. gr., à Ticio, que administró mis negocios, mando se le den cien pesos: à Mevio lego la casa que compré á Sempronio. De este legado se debe observar que la falsa demostracion no le vicia, con tal que de otro modo conste de la persona y de la cosa legada (3); y así, aunque sea falso que Ticio administró sus negocios, ó que la casa la hubie-

(*) Pasados nueve dias, dice la ley 15. tit. 13. P. 1. Despues de tres meses, dice la ley 7. tit. 6. P. 6. Concuérdalas perfectamente Carl. tit. 3. Disp. 9. n. 11.

(1) L. 31. tit. 9. P. 6.

(2) L. 21. del dicho tit. y P. * L. 34. y véase la ley 14. tit. 4. P. 6.

(3) LL. 19. y 20. dicho tit. y P.

se comprado á Sempronio, con todo, es útil el legado y surtirá su efecto.

655. Síguese el legado dejado bajo de cierta causa. Por causa entendemos aquí la impulsiva, y que el testador espresa en su testamento; v. gr., à Ticio porque me defendió un pleito le lego cien pesos. En este caso vale tambien la regla ya dada en la demostracion; y así, la falsa causa no vicia el legado (1), porque como el testador se ha á manera de un legislador, y la ley se debe obedecer aunque se alegue una causa falsa, de aquì es que vale el legado, porque consta de la voluntad del testador. Se esceptùa con todo el caso de que el heredero pudiese probar que el testador no habria legado si hubiese conocido la falsedad de la causa, pues entonces falta la voluntad, y será nulo el legado.

656. Finalmente, bajo de modo se dice dejado un legado cuando el testador espresa el fin para el cual le deja: v, gr., lego á Ticio mil pesos para que se gradúe de doctor. Este se debe y se puede pedir luego al punto; pero el legatario debe dar fianza de que cumplirá con el fin intentado por el testador, y que si no le cumpliere le restituirâ, pues hasta que le cumpla gana el dominio de él (2).

657. Al fin de este tìtulo se debe notar que valen los legados hechos aunque el testamento se rompa por pretericion ó desheredacion injusta, pues asi lo concede espresamente nuestro derecho (3), que solo atiende á que la voluntad del testador, siendo justa y arreglada, se cumpla en aquella parte que se puede. Lo mismo sucede cuando el heredero establecido en el testamento no quiere aceptar la herencia, ó por cualquier otra causa no entra en ella; pero en todo caso debe constar de la solemnidad prescripta por

(1) L. 21. del mismo tit. en el medio.
(2) Dicha ley 21. tit. 9. P. 6.
(3) L. 1. tit. 4. lib. 5. de la Rec., y ley 7. tit. 8. P. 6.

derecho (1), pues faltàndole no tendrá fuerza de testamento ni hará fé en juicio ni fuera de él.

658. Tambien se advierte que los legados no se deben dejar á arbitrio de otro, sino que el testador mismo debe hacerlos por sí y con palabras y señales tan claras y ciertas, que se conozca plenamente su voluntad, y no se dude del legatario y cosa legada, pues de otra suerte no valdrian (2). Pero puede dejar â su heredero ó á otro la facultad de elegir á personas inciertas de las ciertas que le señale, pues en este caso no se confiere en la voluntad de otro la sustancia del legado, sino la cualidad ò eleccion de la persona. Para que sean válidos se requiere tambien que sean hechos en testamento ó codicilo, ó poder para testar (3). Es verdad que no solo legados, sino tambien mejoras, declaraciones, fundaciones, nombramiento de tutores y cualquiera otra cosa (escepto la institucion de heredero) se suelen hacer en un escrito separado, que se llama *memoria testamentaria*, y no es otra cosa que un escrito simple en que el testador añade ó quita alguna cosa á su testamento, el cual vale y se estima por parte de este, siendo firmado por el testador, y citándose en el testamento. (4).

659. Tres acciones competen â los legatarios para conseguir los legados que les han sido dejados en algun testamento. La primera es personal por cuasi contrato, y la razon de darse esta accion es porque el heredero, aceptando la herencia, es lo mismo que si contrajese con los legatarios (*). La segunda es real en todos aquellos legados que por ser hechos en especie pasa el dominio de la cosa legada al legatario

(1) L. 1. tit. 4. lib. 5. Rec.
(2) LL. 28. y 29. tit. 9. P. 6.
(3) L. 34. tit. 9. P. 6.
(4) Febrero, tomo. 1. pag. 506. n. 86.
(*) L. 3. tit. 9. P. 6.

desde el instante de la muerte del testador. (†) La 3.ª accion es hipotecaria, y les compete á los legatarios porque tienen tácita hipoteca en todos los bienes de la herencia, de la que se ha apoderado el heredero (1).

(†) L. 34. tit. 9. P. 6.
(1) L. 26. tit. 13 P. 5.

TÍTULO XXI.

DEL MODO DE QUITAR O DE TRANSFERIR LOS LEGADOS.

660. Habiendo hablado hasta aqui del modo de dejar los legados, síguese ver como se quitan ò se transfieren. Y á la verdad, siendo la voluntad del hombre variable hasta la muerte (1), no se puede dudar que el testador puede quitar á los legatarios los legados que les haya dejado en su testamento, ò transferirlos á otros (2).

661. Dícese que se quitó un legado cuando el testador ya no quiere legar lo que antes legaba. Esto puede suceder ó por ministerio de la ley, à lo que llaman los juristas *ipso jure*, ó en virtud de escepcion. Del primer modo se quita el legado ó por palabras, ó por hechos. Por palabras cuando el testador en posterior testamento, ó en codicilo, declara que ya no lega á alguno lo que antes le legaba (3). Por hechos se quitará el legado si el testador le borrare ó tildare (4) por sí mismo, ó por medio de otro por òrden suya. Si acabare la cosa legada, ò le mudare la forma : con esta distincion, que si la cosa se puede reducir â su antigua forma, vale el legado; v. gr., si de la plata legada hizo vasos; pero si no se puede volver á su antiguo estado, se entiende quitado ; v. gr., si de la lana ó madera que habia legado hiciese antes de su muerte paño ò casa (5). Finalmente, se estingue el legado cuando el testador sin necesidad alguna vende ó enagena la cosa legada, pues en este caso se presume que se arrepintiò de haber hecho el legado; pero siempre que falte esta presuncion, como puede suceder mas fácilmente en los casos de venta que en los de donacion, no se entiende revocado, antes se de-

(1) L. 25. tit. 1. P. 6.
(2) L. 39. tit. 9. P. 6.
(3) Dicha ley 39. del mismo tit. y P.
(4) La misma ley 39. v. *Otrosí se podria.*
(5) L. 42. tit. 9. P. 6.

be al legatario el precio en que la cosa fué vendida (1). De este modo se quitan los legados *ipso jure*, tácita ò espresamente. Por medio de escepcion se quitan siempre que suceda alguna cosa de la cual se pueda presumir que el testador mudò de voluntad, lo cual, probándose por el heredero, perderá el legatario su legado.

662. Sìguese la translacion de los legados, la cual sucede siempre que haya mutacion acerca de ellos. Esta puede ser de cuatro maneras. 1.ª Si se muda la persona del legatario; v. gr., cuando se lega á Ticio lo que se habia legado á Sempronio. 2.ª Si se muda la misma cosa legada; v. gr., cuando el testador que habia legado á uno su casa, ya no le lega sino su hacienda. 3.ª Si se muda la persona á quien se mandaba que pagase á otro el legado; v. gr., si antes se le mandaba á un legatario que diese á otro cien pesos, y despues se mandaba al heredero que él sea quien los pague. 4.ª Finalmente, si se muda la naturaleza del legado; como cuando la cosa que antes se legaba puramente, despues se lega bajo de condicion.

663. Pero se debe advertir acerca del primer modo de transferir los legados, que se haga con toda claridad, y repitiendo el nombre del primer legatario, pues de otra suerte no serà translacion, sino conjuncion; v. gr., si dijese: à Ticio le dejo la casa de mi morada; y despues: á Cayo dejo la casa de mi morada, pues en este caso la dividiràn, pero no si dijere, la casa de mi morada que dejaba à Ticio, se la dejo á Cayo.

664. De lo dicho hasta aquì se infiere que los legados se pueden quitar y transferir en testamento ó en codicilos; y añado, que para quitarlos ni aun esto es necesario, pues ninguna solemnidad requieren las leyes citadas (2); antes bien con sola la presuncion de falta de voluntad en el testador basta para que el legado se tenga por quitado.

(1) Vêase toda la ley 40. tit. 9. P. 6., y la 17. del mismo tit.
(2) Véanse las leyes 39. y 40. tit. 9. P. 6.

665. Para conclusion de este tìtulo veamos de cuantos modos espiran los legados. Esto sucederá: 1.° Si el legatario muriere antes que el testador (1), pues entonces no llega á adquirir dominio en la cosa legada. 2.° Si pereciere la cosa legada sin culpa ò mora del heredero. Esto se entiende de la cosa legada en especie, pues el género y la cantidad nunca perecen (2). 3.° Se acaba el legado de cosa agena, si esta la adquiere el legatario en vida del testador por título lucrativo (3), por la razon ya dada, de que dos causas lucrativas no pueden concurrir en una misma persona, y acerca de una misma cosa. 4.° Si el testamento fuere nulo por falta de solemnidad, v. gr., si no tuviere el competente nùmero de testigos, pero no si fuere nulo en cuanto á la institucion de heredero (4). 5.° Si por parte del legatario no se cumpliere la condicion posible, bajo la cual se le dejô el legado (5). Esto se entiende si estuviere en su mano el cumplirla, pues cuando no puede, como por caso fortuito, ó de otra manera sin culpa suya, entonces se tiene por cumplida, y se debe pagar el legado (6):

(1) L. 35. tit. 9. P. 6.
(2) L. 41. tit. 9. P. 6.
(3) L. 43. tit. 9. P. 6.
(4) LL. 1. y 2 tit. 4. lib. 5. R.
(5) L. 21. tit. 9. P. 6.
(6) Véase la ley 22. tít. 9. P. 6.

TÍTULO XXII.

DE LA LEY FALCIDIA.

666. Este título está bastante conexo con el antecedente, pues asi como aquel nos muestra de que modo se acaban los legados, asi este nos enseña como se disminuyen muchas veces, ó se reducen à menor cantidad.

667. Con motivo de permitir las leyes antiguas á los testadores que distribuyesen sus bienes en legados, no quedaba á los herederos que instituian cosa alguna, ó les quedaba muy poco, por cuya razon muchos no querian aceptar la herencia. Esto diò motivo entre los romanos á que se estableciesen varias leyes procurando impedir este desôrden. Pero como ninguna de estas fuese suficiente á ocurrir al daño, se estableció la ley Falcidia, llamada asi de Publio Falcidio, tribuno de la plebe en tiempo del Emperador Augusto, el año 714 de Roma; por la cual se estableció que ninguno pudiese legar mas que las tres partes de sus bienes, y que en caso que legase mas, de suerte que no le quedase al heredero que percibir, ô le quedase menos que la cuarta parte de la herencia, pudiese sacarla y retenerla para sì de cada legado.

668. Este derecho, que tuvo orígen entre los romanos, ha pasado á nosotros, y está adoptado por nuestras leyes (1); y asi, siempre que el testador instituye heredero voluntario, y deja tantas donaciones (†) ó mandas, que nada le queda que heredar, ó le queda menos de lo que por derecho le toca, puede sacar el heredero la cuarta parte de la herencia que dicha ley le concede, llamada tambien *Falcidia* en España (2): de suerte que de cada manda ha de sacar la cuar-

---

(1) Tit. 11. de la P. 6.

(†) Véase la ley 2.ª al fin.

(2) L. 1. tit. 11. P. 6. * y L. 7. tit. 6. P. 6.

ta, la cual le compete por solo haber sido nombrado heredero en el testamento (1).

669. Para deducir dicha cuarta, ha de considerarse el valor de los bienes del testador al tiempo de su muerte, porque el aumento ó deterioro que despues haya es de su cuenta, y no de los legatarios (2). Mas si los herederos son forzosos, no sacan cuarta, sino toda su legìtima íntegra sin condicion ni gravâmen (3), y solo se podrán hacer legados del tercio ó quinto segun sea el testador.

670. La deduccion de la cuarta falcidia ha de hacerse en esta forma: primero se ha de separar lo que el testador esté debiendo, aunque sea al mismo heredero, á menos que lo prohiba espresamente, pues en tal caso no se separará el débito de este: despues las espensas funerarias ocasionadas con motivo de su muerte; y luego el dinero que destine para comprar siervos que mande manumitir: bien entendido que si lega una cantidad á persona determinada para que dé libertad al suyo, puede el heredero detraer de ella la cuarta parte; pero si manda que el dinero se entregue á alguno para que compre los de otro, y se consume todo en su compra, no debe sacarla de èl; mas si sobra algo, puede deducirla del sobrante (4).

671. No puede el heredero deducir dicha cuarta de los legados hechos á las iglesias, hospitales ú otros lugares religiosos, ó á pobres, ó para cualquier otra obra pía; ni de lo que lega el testador que es soldado (5), ni de lo que entregan á los prohibidos de ser legatarios ò herederos (6), ni del legado de la dote, ni si cancela maliciosamente el testamento ó mandas para que no valgan, ò hurta alguna cosa de las legadas, ó maliciosamente la niega diciendo que

(1) Dicha ley 1. tit. 11. P. 6.
(2) L. 3. tit. 11. P. 6.
(3) L. 4. tit. 11. P. 6.
(4) L. 2. tit. 11. P. 6.
(5) L. 4. tit. 11. P. 6.
(6) L. 5. del mismo tit.

es suya y no del testador, ni tampoco cuando este le prohibe espresamente su detraccion (1). Asimismo, si paga enteramente algunas mandas creyendo que en la hacienda restante le queda lo suficiente para sacarla, debe satisfacer en la propia forma las demas, si no es que despues de haber empezado à pagarlas aparezca alguna deuda grande de que hasta entonces no habia tenido noticia, que en este caso puede retenerla de las que no esten entregadas (2).

672. De todo lo demas puede el heredero sacar la cuarta, si la cosa legada tiene cômoda division, y si no, se ha de apreciar, y de su importe hacer la deduccion; previniendo que aunque quiera tomar la parte que en una alhaja le corresponde de la legada á otro, no debe hacerlo sin su permiso, porque la detraccion de la cuarta ha de ser respectivamente de cada legado (3).

673. Finalmente, para poder sacar la falcidia debe el heredero hacer préviamente en el término legal inventario formal de todos los bienes del finado, pues sino le hace no podrá (4), y ademas estará obligado á pagar enteramente las mandas y deudas que dejò (5); y si le hace y satisface á aquellas antes que estas, deben los acreedores reconvenir primero ã los legatarios, y despues por lo que falte al heredero (6).

---

(1) L. 6. tit. 11. P. 6.
(2) L. 6. dicho tit. y P.
(3) L. 2. dicho tit. y P.
(4) L. 7. dicho tit. y P.
(5) L. 10. tit. 6. P. 6.
(6) L. 7. del mismo tit.

TÍTULO XXIII.

DE LOS FIDEICOMISOS UNIVERSALES Y DE LA CUARTA TREBELIANICA.

674. Hemos hablado ya de las herencias por testamento y de los legados: síguese ahora tratar de los fideicomisos.

675. A la fè de otro no podemos cometer una cosa de otro modo que por palabras de ruego, y de aqui nace la definicion. Fideicomiso es *una órden intimada al heredero por palabras de ruego para que dé alguna cosa á otro* (1). Se divide el fideicomiso en universal y singular: universal es cuando á alguno se le deja por modo de fideicomiso toda la herencia ò una parte de ella, y asi suele llamarse *herencia fideicomisaria.* Singular es cuando una cosa singular, v. gr., algun género, especie ò cantidad se deja por modo de fideicomiso, y de este se tratará en el siguiente título. Por lo que hace al universal, se debe observar que para este siempre se requieren tres personas. 1.ª El que deja el fideicomiso, y se llama *fideicomitente.* 2.ª Al que se manda que restituya la herencia á otro, y este se llama *heredero fiduciario*, porque en su fidelidad coloca su confianza el testador. 3.ª Finalmente, aquel á quien se restituye la herencia, y se dice *heredero fideicomisario*, el cual, hablando con rigor, no es heredero, pues solo recibe la herencia por mano de otro.

676. Esta es la primera division de los fideicomisos: síguese otra, y es, que el fideicomiso puede hacerse tácita ó espresamente. Se dirá hecho espresamente cuando el testador con palabras claras y terminantes manda á su heredero que restituya á otro la herencia, ó alguna parte de ella; y tàcita será cuando no se hace mencion de restitucion, pero se manda al heredero alguna cosa de donde se colige que debe restituir la herencia ; v. gr., Ticio sea mi

---

(1) L. 8. tit. 11. P. 6.

heredero, pero con la condicion de que no haga testamento. En este caso es lo mismo que si dijese el testador: ruego á Ticio que restituya mi herencia á sus parientes mas próximos. Esta especie de fideicomiso tiene mucha semejanza con los mayorazgos.

677. De los principios establecidos se infiere claramente: 1.° Quien puede dejar fideicomisos; conviene á saber: todos aquellos que pueden hacer testamento por tener libre disposicion de sus bienes; y asi no podrán todos aquellos que dijimos no pueden testar (1). 2.° A quienes se puede mandar que paguen fideicomisos, esto es, á todos aquéllos que recibieren alguna parte de la herencia con título de herederos, pero con la condicion de que à ninguno se grave en mas de lo que recibió. 3.° Que se pueden dejar fideicomisos á todos aquellos que pueden recibir por testamento, ò ser herederos; asi, v, gr., si Ticio me hubiese mandado restituir toda su herencia á un colegio, no valdrá semejante fideicomiso, si el tal colegio está fundado sin consentimiento del Príncipe, como se supone. 4.° Que se pueden dejar fideicomisos ó en testamento, ò en codicilo. 5.° Que se pueden hacer fideicomisos puramente ó con condicion, y para, ó hasta cierto dia.

678. Siendo dificil que los fiduciarios quisiesen ser herederos con la obligacion de restituir toda la herencia, para que tuviesen alguna utilidad se estableció que en prémio de su trabajo y de la restitucion de la herencia se quedasen con la cuarta parte líquida de la en que fuesen instituidos, y se ha llamado *cuarta Trebeliãnica*, aun entre nosotros (2), cuyo nombre tomò de los romanos.

679. A distincion de lo que se observa en la cuarta falcidia, debe el heredero fiduciario incluir en la trebeliànica todo lo que el testador le haya legado, y los frutos que percibió de la herencia mientras la tuvo en su poder (3); y si estos

(1) L. 14. tit. 5. P 6. * L. 2. tit. 12 P. 6.

(2) L. 14. al fin, dicho tit. y P.

(3) L, 8. tit. 11. P. 6.

equivalen á aquella, la restituirá entera al fideicomisario; mas sino equivalen, puede detraer únicamente lo que falte para completar la cuarta (1). Pero si importaren mas los frutos que lo que él debe percibir por razon de esta, si el testador le señaló dia para que entregase la herencia, y dicho fiduciario lo verificó, entonces hace suyos todos los frutos que percibiere hasta ese dia, aunque, como hemos supuesto, asciendan á mas. Pero sino se le señaló dia cierto, y él fué moroso en entregar la herencia, debe restituir todo lo que esceda de su cuarta parte (2).

680. Resta ver en que casos no tiene lugar la cuarta trebeliànica. 1.° No le tiene en el testamento del soldado. 2.° Si el testador prohibe que se saque. 3.° Si el heredero por ignorancia de derecho restituyó toda la herencia. 4.° Si no hizo inventario. 5.° Si no quisiere aceptar la herencia, en cuyo caso sin necesidad de que compela el juez al fiduciario entrará en ella el fideicomisario por sì (3).

(1) Dicha ley 8.
(2) La misma ley 8.
(3) L. 1. al fin. tit. 4. líb. 5. Rec.

TÍTULO XXIV.

DE LOS FIDEICOMISOS SINGULARES.

681. Hemos tratado de los fideicomisos universales, que tambien se llaman herencias fideicomisarias: síguense los fideicomisos singulares, de los que hablaremos brevemente, porque estos estan igualados en todo á los legados, de suerte que no hay diferencia en cuanto á los efectos que producen unos y otros. De esta manera, todas las disposiciones que hemos notado de los legados tienen lugar en los fideicomisos: los que pueden legar, pueden dejar fideicomisos; á quienes se lega, tambien se deja fideicomiso; y las mismas cosas que se dejan por legado, se dejan y pueden dejar por medio de fideicomiso. De consiguiente, para haber de tratar esta materia por sus partes seria necesario repetir el título todo de los legados.

682. Mas aunque en el efecto no haya diferencia alguna entre legados y fideicomisos, con todo se distinguen: 1.° En las palabras, pues aquellos se dejan con palabras imperativas, y estos por medio de ruego (1). 2.° En el modo: para los legados se requieren cinco testigos, mas los fideicomisos se pueden hacer sin testigo alguno estando presente el heredero, y para prueba se le tomará despues juramento, y en caso de no querer jurar, será obligado á pagar el fideicomiso; y si jurare falso, pagará su lengua semejante delito, pues no hay arbitrio para dar otra prueba.

(1) L. 14. tit. 5. P. 6.



TÍTULO XXV.

DE LOS CODICILOS.

683. Los codicilos no son otra cosa que *una disposicion menos solemne ordenada por el testador, á fin de esplicar, añadir ó quitar alguna cosa de su testamento* (1).

684. Convienen los codicilos y los testamentos en que unos y otros son voluntad, pero se diferencian: 1.° En que el testamento es una última voluntad solemne, y el codicilo menos solemne (2). 2.° Que cuando hay testamento no suceden, ni pueden suceder los herederos ab intestato; pero los codicilos pueden hacerse tanto por el que muere testado como intestado. 3.° Que en el testamento, para que valga como tal, es necesaria la institucion de heredero; mas en los codicilos no se puede instituir heredero, sino solamente hacer legados y fideicomisos (3). Y de aquí fácilmente se deduce de cuantas maneras son los codicilos. Unos se llaman escritos, y son aquellos que se reducen á escritura; y otros nuncupativos, y son los que se hacen por viva voz (4). Hay otra division de los codicilos, y es que unos son de *testado*, y otros de *intestado*: aquellos se hacen por el que primero ordenó el testamento; estos por el que quizo morir sin testamento; y así los primeros se llaman codicilos confirmados por testamento, y los segundos absolutamente *codicilos ab intestato*.

685. Los derechos que se deben guardar en el otorgamiento de los codicilos se colijen de la definicion dada, de la cual inferimos: 1.° Que el que no puede hacer tes-

(1) L. 1. tit. 12. P. 6.
(2) L. 3. del mismo tit.
(3) L. 2. tit. 12. P. 6. * L. 7 tit. 3. P. 6.
(4) L. 1. al fin, tit. 12. P. 6.

tamento tampoco puede hacer codicilos (1), pues estos no son otra cosa que un testamento menos solemne. 2.° Que en los codicilos no se puede instituir heredero directamente (2). La razon es, porque esta institucion es una cosa solemne, y así no se puede hacer sin todas las solemnidades de derecho. Es verdad que atendidas nuestras leyes, que requieren para el codicilo nuncupativo la misma solemnidad de testigos que para el testamento de esta especie (3), valdrá la institucion que se hiciese en semejante codicilo; pero por el mismo hecho lo dejará de ser, y en realidad será testamento; pero en el codicilo cerrado probablemente no valdrá. Por la razon ya dada tampoco producirá efecto la desheredacion, ni la sustitucion hecha en codicilo, ni la condicion que en él se pusiese al heredero instituido en el testamento (4). ¿Què es, pues, lo que se puede hacer en los codicilos? Se puede legar, y disminuir ò quitar los legados: hacer fideicomisos y donaciones por causa de muerte: se podrá, finalmente, nombrar el delito que cometió el heredero instituido en el testamento contra el testador, y por el cual no merece la herencia; y siéndole probado, quedará impedido de ser heredero (5). 3.° Que se pueden hacer muchos codicilos y todos valen, no siendo contrarios (6); pero en los testamentos el posterior deroga al anterior, porque en cada uno se dispone de todos los bienes instituyendo heredero.

686. Finalmente, en los codicilos cerrados bastan cinco testigos que suscriban; mas en los nuncupativos ò abiertos se requieren las mismas solemnidades que en el testamento nuncupativo (7).

---

(1) L. 1. tit. 12. P. 6.
(2) L. 2. del mismo tit.
(3) L. 2. tit. 4. lib. 5. Rec.
(4) Dicha ley 2. tit. 12. P. 6.
(5) L. 2. ya citada.
(6) L. 3. del mismo tit.
(7) L. 2. tit. 4. lib. 5. R.

LIBRO TERCERO.



TÍTULO I. AL XIV.

DE LA SUCESION ABINTESTATO.

687. Habiendo tratado ya en los títulos antecedentes del modo de suceder por voluntad espresa del difunto declarada en el testamento, se sigue ahora tratar del órden con que se sucede por voluntad tàcita ó presunta cuando alguno muere intestado (1).

688. *Intestado* se dice aquel *que ó no hizo testamento, ò no le hizo arreglado á derecho, de suerte que no produjo efecto* (2). Veamos, pues, quienes son los que deben suceder al que muere de esta manera. Es constante por derecho natural que el fin é intencion de los que adquieren bienes no es el dejarlos abandonados despues de su muerte, y que sean del primero que los ocupe (3), sino que desean que aprovechen y hagan felices á todos aquellos en cuya felicidad se complacen. En los padres para con sus hijos, y en estos para con sus padres, no solo tiene lugar preferente esta presuncion, sino que tambien tienen mùtua obligacion de dejarse sus bienes los unos á los otros, de suerte que por esto se llaman herederos forzosos.

689. Fundados en el anterior principio los legisladores han puesto por fundamento de la sucesion abintestato al amor; de suerte que en este supuesto deben ser próximos á la sucesion aquellos que presume el derecho fueron mas amados

(1) Pró'ogo del tít. 13. Part. 6.
(2) L. 1 tit. 13. Part. 6.
(3) Heinn. lib. 1. *de Jur.*. N. cap. 11. n. 295.

del difunto. Los filósofos antiguos observaron (1) que el amor baja primeramente: sino tiene donde bajar, sube, y si ni aun por ahi tiene lugar, se estiende hácia los lados. En confirmacion de esto nos enseña la esperiencia que los hijos son los mas amados para cada uno: que despues de los hijos se siguen los padres; y despues de estos los parientes colaterales. Bien es verdad que el amor de los padres hácia sus hijos escede tanto al de estos para con sus padres, que es proloquio comun y muy verdadero que *es mas fâcil que un padre sustente â veinte hijos, que no veinte hijos â un padre.*

690. Sobre este principio se han establecido tres órdenes en la sucesion abintestato. En el primer òrden entran los descendientes; no habiendo estos, se admiten en el segundo los ascendientes, y faltando aun estos, siguen en el tercero los colaterales (2). En defecto de todos tiene último lugar el fisco.

ARTÍCULO 1.°

DE LA SUCESION DE LOS DESCENDIENTES.

691. Hemos dicho que en primer lugar son llamados á la herencia los descendientes del difunto si los tiene. Por descendientes entendemos aqui todos aquellos que son hijos ó vienen de nosotros, ya sea esta filiacion por la naturaleza ò por las leyes civiles. Trataremos, pues, con distincion: 1.° de la sucesion de los hijos legítimos: 2.° de los legitimados: 3.° de los adoptivos; y 4.° de los ilegìtimos.

692. De los hijos legítimos es regla general que *todos suceden indistintamente â sus padres* (3). No hay, pues, diferencia entre los grados, pues tanto los que son del primero, como del segundo y el tercero &c., serán herederos; y asi el nieto y el biznieto son llamados á la herencia con

(1) Aristót. Ethic. lib. 8. cap. 12.
(2) L. 2. tit. 13. Part. 6.
(3) L. 3. tit. 13. Part. 6.

tal que no tengan padre que esté mas próximo que ellos. Tampoco hay diferencia en el sexo, y asi las mugeres tambien son herederas de sus padres abintestato (1). Finalmente, no se conoce ya diferencia entre hijos emancipados ó no, ni entre sucesion paterna ni materna (2).

693. Aunque, como va dicho, todos los descendientes que no tienen padre vivo que les preceda suceden abintestato, sin embargo no reciben todos igual porcion de la herencia; y así se deben distinguir tres casos: 1.º *Si solo hay hijos del primer grado, todos suceden por cabezas* (en latin *in capita*), esto es, se hacen tantas partes de la herencia cuantos son los hijos que heredan; v. gr., si un padre ò madre que tiene cuatro hijos deja cuarenta mil pesos, cada uno de los hijos percibirá diez mil, porque todos son de primer grado, y asi suceden por cabezas. 2.º *Si solo hay hijos de los demas grados, como nietos ó biznietos, todos suceden por linaje* (en latin *in stirpem*), esto es, vienen todos los hijos de cada padre à llevar la parte que le tocaria á él y la dividen entre sí; de suerte que de la herencia no se hacen tantas partes como son las cabezas, sino tantas como son los linages ó familias. Esto se hará mas claro continuando el ejemplo ya puesto. Supongamos que los cuatro hijos que habian de heredar de su padre diez mil pesos, murieron antes dejando cada uno dos hijos; entonces estos, muerto el abuelo, entrarán representando á su respectivo padre, y percibirá cada familia diez mil pesos, que divididos entre los dos hijos de que se compone, les tocará á cinco mil á cada uno.

694. 3.º *Si concurren hijos del primero y de los demas grados, entonces los que sean del primer grado suceden por cabezas, y los del segundo ó tercero por linages* del modo que hemos esplicado ya (3).

---

(1) L. 3. ya citada.

(2) LL. 3. tit. 7., y 3. tit. 13. Part. 6.

(3) L. 3. tit. 13. Part. 6.

695. De esta suerte es la sucesion cuando todos los hijos son nacidos de un solo matrimonio; pero si hay diversos, cada hijo sucede á su ascendiente solo, y del comun parten entre sí igualmente la herencia.

696. Esto es por lo que hace á los hijos legítimos: síguense los legitimados. La legitimacion hoy se hace solamente, ó por subsiguiente matrimonio, ó por rescripto del Príncipe. Si se ha hecho del primer modo, es regla general que *los lejitimados por subsiguiente matrimonio suceden del mismo modo que los lejítimos* (1). Si la legitimacion es del segundo modo, esto es, por rescripto del Prìncipe, se debe distinguir si es para el fin de suceder ò no: en este segundo caso no hay duda que nada recibiràn de la herencia paterna: mas en el primero se admiten si son solos, pero si hay otros hijos legítimos ó legitimados por subsiguiente matrimonio, no pueden entrar con ellos á la herencia de sus padres, madres y demas ascendientes (2).

697. Síguese hablar de los hijos adoptivos: la adopcion, como ya se ha dicho (3), puede hacerse, ò en un hombre libre del poder de su padre y con autoridad real, ò en uno que es hijo de familia y con autoridad del juez (4). Cuando se hace del primer modo se llama *adrogacion*, y cuando del segundo *adopcion propia*. Esto supuesto, el hijo adrogado, segun nuestro derecho, heredará del adrogante la cuarta parte de sus bienes, y el adoptivo sucederà á su padre adoptante en todos (5), siempre que ni uno ni otro tengan hijos legítimos, pues si los tuvieren en nada les sucederán (6).

698. Resta hablar finalmente de los hijos ilegítimos:

---

(1) Cap. 6. *Qui filii sint legit.*, y ley 1. tit. 13. Part. 4., y ley 10. tit. 8. lib. 5. de la Rec.

(2) Vèase la citada ley 10. tit. 8. lib. 5, de la Rec.

(3) Lib. 1. tit. 11.

(4) L. 7. tit. 7. Part. 4.

(5) LL. 8, 9, y 10. tit. 16. Part. 4.

(6) LL. 5. tit. 6. lib. 3., y 1. y 5. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real.

estos, segun hemos dicho en otra parte, se dividen en naturales y espúrios. Los primeros, cuando su padre natural no tiene hijos legítimos, heredaràn las dos duodécimas partes de sus bienes (a), que dividirán con su madre; y no siendo estas suficientes para mantenerse, tienen tales hijos accion á lo necesario para sus alimentos (1); pero los espùrios ninguna cosa heredaràn de su padre abintestato, tenga ò no descendientes legítimos. Por lo que hace á la madre, sino los tiene seràn sus herederos los naturales ó espúrios que tenga, sino es que sean de dañado y punible ayuntamiento, ó habidos de clèrigos de órden sagrado ó de fraile, ò por monja profesa, en cuyos casos son escluidos de toda sucesion (2). La razon de esta diferencia que hace el derecho entre el padre y la madre, es porque esta siempre es cierta y conocida, lo cual no sucede en el padre.

ARTÍCULO 2.°

DE LA SUCESION DE LOS ASCENDIENTES.

699. Hemos dicho arriba que no habiendo hijos no tiene el amor como bajar, y asi sube: de donde se infiere, que la sucesion ordinariamente es recíproca, por lo cual aquellos padres á quienes suceden sus hijos pueden suceder á sus hijos. Mas como el derecho de representacion no tiene lugar entre los ascendientes, es necesario observar varias reglas.

700. 1.ª *En la sucesion abintestato los ascendientes mas cercanos escluyen â los mas remotos; y siendo de una misma lìnea, dividen entre sí la herencia por cabezas, y si de dis-*

(a) Segun la ley 8. tit. 8. lib. 5. Rec. los hijos ilegítimos heredarán el quinto, que es lo que los padres pueden darles en vida, ò dejarles por muerte en razon de alimentos. Febr. tom. 1. p. 382. n. 10.

(1) L. 8. tit. 13. Part, 6.

(2) L. 7. tit. 8. lib. 5. de la Rec.

tintas, la dividen por lìneas (1); y asi, v. gr., muriendo intestado uno que tenga abuelos y bisabuelos paternos, los primeros solamente seràn herederos, y nada percibirán los segundos; y si concurrieren dos abuelos por una linea, y dos por la otra, partiràn igualmente la herencia todos cuatro, llevando los de la una la mitad, y otra mitad los de la otra, que dividirán entre sì. Pero si concurren solamente uno por una linea, y dos por la otra, no la dividirán por terceras partes, sino que el uno heredarà la mitad, y los dos la otra mitad (2). Este modo de suceder no es ni *in capita* ni *in stirpcs*, sino por lineas, y es el que tiene lugar entre los ascendientes, habièndolos de ambas lineas; de suerte que aunque haya muchos por una linea, y por la otra uno solo, la herencia se partirá por mitad. Esta division debe ser sin hacer distincion de bienes, de suerte que los paternos toquen á los ascendientes de parte de padre, y los maternos á los de parte de madre, pues toda la herencia se debe partir indistintamente la mitad para cada lìnea (3). Sino es que en alguna parte haya costumbre de que cada ascendiente lleve lo que por su linea disfrutaba el ascendiente intestado, como lo dispone la ley; (4).

701. 1.ª *Cuando suceden los ascendientes, aunque haya tambien colaterales no concurren con ellos*; v. gr., muerto un hermano que tiene padres, hermanos y sobrinos, solo heredarân sus padres (5). Y la razon es, porque la linea recta es de naturaleza mas privilegiada que la transversal, y muy distinta en el grado.

702. 3.ª *Si los padres ò ascendientes del difunto no fueren legítimos, sucederá del mismo modo que hemos dicho suceden*

---

(1) LL. 4. tit. 13. Part. 6., y 1. tit. 8. lib. 5. de la Rec., que es la 6. de Toro.

(2) L. 4. tit. 13. Part. 6.

(3) L. 4. tit. 13. Part. 6.

(4) L. 1. al fin tit. 8. lib. 5. Rec.

(5) L. 4. tit. 8. lib. 5 de la Rec., y es la 7. de Toro, que deroga la ley 4. tit. 13. Part. 6., que disponia lo contrario.

los hijos naturales y espùrios á sus padres, madres y demas ascendientes. (1). Pero de esta regla se esceptúan los adoptivos, pues de estos no son herederos abintestato sus padres adoptantes, sino sus parientes mas cercanos (2).

ARTÍCULO 3.

DE LA SUCESION DE LOS COLATERALES Ò TRANSVERSALES.

703. No habiendo descendientes ni ascendientes, se siguen, como ya hemos dicho, los colaterales, en cuya sucesion se observan las reglas siguientes.

704. 1.ª *Los hermanos enteros, sean varones ó mugeres, y sus hijos, escluyen â todos los demas colaterales, y suceden los hermanos in capita, y los hijos de estos in stirpes* (3).

705. 2.ª *Si solo hay hijos de hermanos enteros, que son sobrinos del difunto, heredarǎn todos por cabezas, y repartirǎn con igualdad entre sí la herencia de su tio* (4). La razon es, porque todos los sobrinos estan en igual grado, y aunque entran por representacion á heredar á su tio muerto, esto es, cuando està vivo algun hermano de este, que tambien concurre á heredar, y les sirve de forma y causa para que tenga lugar la representacion, pues de otra suerte serian escluidos por ser parientes mas remotos, y así solo en este caso le tiene, y en èl se estingue; mas cuando son solos sobrinos, falta el motivo y fundamento para la representacion, por lo cual entran por su propio derecho á heredar como parientes mas cercanos que están en igual grado.

706. 3.ª *Habiendo solamente medios hermanos del difunto por una línea, estos llevarǎn toda la herencia; pero si los hubiere por ambas, los que fueren hermanos por la línea paterna heredarǎn los bienes paternos, y los que fueren de parte*

(1) L. 8. al fin, tit. 13. Part. 6.

(2) L. 5. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real.

(3) LL. 5. tit. 8. lib. 5. de la Rec., y 5. tit. 13. Part. 6.

(4) LL. 5. tit. 13. Part. 6., y 13. tit. 6. lib. 3. del Fuero Real.

de madre heredarán los maternos (1); *y unos y otros partirán igualmente lo que el difunto adquirió por su industria arte ú oficio, ó de otro cualquier modo* (2).

707. Lo que hemos dicho de la sucesion de los parientes transversales se debe entender cuando el parentesco es legìtimo pues si fuere ò el difunto, ò el pariente, natural, se observarān estas reglas.

708. 1.ª *Si el que muere sin descendientes ni ascendientes fuere natural, seràn sus herederos los hermanos que tenga hijos de la misma madre, y los hijos de estos, sin que tengan derecho alguno los hermanos que hubiese de parte de padre solamente* (3). La razon es, porque los hermanos que le tocan por parte de madre son ciertos, y los de parte de padre son dudosos.

709. 2.ª *Si el hijo natural que muriese intestado solo tuviese hermanos por parte de padre, le serān herederos como parientes mas cercanos; pero si entre estos hubiere alguno legítimo este solo serâ preferente a todos* (4).

710. 3.ª *Si un legítimo muere no dejando parientes algunos legítimos, sino solo naturales, le heredarán los que sean parientes por parte de madre, y los de parte de padre serân escluidos* (5).

711. La sucesion por linea transversal, que hemos esplicado ya, no pasa el dia de hoy del cuarto grado (6) (a); y asì los bienes del que nó dejare parientes hasta dicho grado

---

(1) LL. 5. y 6. tit. 13. Part. 6.

(2) L. 6. tit. 13. Part. 6.

(3) L. 12. del mismo tit.

(4) En sentir de algunos preferirà aun á los hermanos por parte de madre. Véase la ley 12. tit. 13. Part. 6.

(5) Dicha ley 12. al fin.

(6) LL. 3. tit. 9., y 9. tit. 10. lib. 1. de la Rec., de las que se hace argumento para creer derogada la ley 6. tit. 13. P. 6., que estendia la sucesion transversal hasta el décimo grado.

(a) Es dudoso si este cuarto grado se deberâ contar por derecho cānónico ó civil.

recaen en el fisco (1), sin que tenga lugar ya la sucesion de la muger al marido, ni de este á su muger, pues no se hace mencion de ellos (2). Cesa desde luego el dia de hoy la disposicion de la ley de Partida, que estendia esta sucesion hasta el dècimo grado, y despues de èl llamaba al marido á la herencia de la muger, y esta à la del marido.

712. Para complemento de esta materia diremos aquì algo de la cuarta marital. Esta no es otra que la cuarta parte de los bienes paternos que los hijos deben heredar, la cual puede tomar para sí la muger viuda, si quedare tan pobre que no tenga como subsistir, siendo su marido difunto rico; pero dicha cuarta parte no debe esceder del valor de cien libras de oro (3). Y aunque la ley solamente habla de las madres pobres, algunos autores quieren que se deba estender tambien à los padres en su caso (4). El dia de hoy en vista de la ley 1. tít. 8. lib. 5. de la Recopilacion, que es la 6. de Toro, hay bastante motivo para dudar que pudiese tener lugar tal cuarta parte. Fuera de que sin ella, y con los gananciales que le toque, podria la madre proporcionarse la cóngrua sustentacion, y con mucha mas razon el padre, que deberia administrar los bienes de sus hijos.

713. Por lo que hace à los peregrinos que mueren sin testamento, está dispuesto que el juez del lugar en donde fallecieren inventaríe sus bienes y los deposite, haciendo los gastos precisos para su entierro y funerales, y hecho, dé cuenta â la Real Audiencia del distrito para que disponga del resíduo entre sus consanguìneos, y á falta de ellos en obras pias, pues aunque no los tengan no recaen en el fisco (5).

---

(1) Real instr. de 27. de Nov. de 1785., y de 27 de Agosto de 1786.

(2) L. 12. tit. 8. lib. 5. Rec., y la Real instr. ya citada * Esto aun es mas dudoso.

(3) L. 7. tit. 13. P. 6.

(4) Feb. tom. 1.º pag. 425.

(5) LL. 31. tit. 1. P. 6., y 5. tit. 12. lib. 1. de la Rec.

714. Finalmente, aunque por derecho novìsimo, á los religiosos de ôrdenes que pueden poseer bienes les está permitido ser herederos por testamento (1), se les prohibe espresamente suceder ab intestato á sus padres ó parientes, por ser opuesto à su absoluta incapacidad personal, y repugnante à su solemne profesion en que renuncian al mundo y todos sus derechos temporales (2).

715. Los bienes de los que mueren intestados se deben entregar, segun lo dicho, á aquellos que tienen derecho á sucederles, del modo y con el òrden esplicado; pero se deducirá de ellos en solas las sucesiones transversales de bienes libres, sin distincion de grados, el dos por ciento para la Real Hacienda (3), pues se hallan espresamente esceptuadas las sucesiones entre ascendientes y descendientes (4).

716. * En esta República, por un decreto del Gobierno Nacional de 30 de Febrero de 1812 (5), estàn derogados algunos artículos de la cédula citada sobre herencias transversales. Las herencias y legados transversales ex testamento ó ab intestato deben pagar el 10 por ciento, y entre herederos y legatarios estraños, el 20 por ciento: dejándose libres de toda contribucion las herencias y legados entre marido y muger.

717. Los parientes que suceden ab intestato no por eso están desobligados de invertir algunos bienes en favor de la alma del difunto. Mas para que se sepa cuanto debe ser, diremos brevemente algo sobre esta materia, haciendo distincion de casos y de herederos. Estos, ó son legìtimos y forzosos, ó transversales: y el difunto, ó murió absolutamente intestado, ò bajo poder para testar, pero el comisario no verificó el testamento. Si los herederos son ascendien-

(1) Reales cédulas de 29. de Noviembre de 1796, y de 29 de Abril de 1804.

(2) Pragmática de 6 de Julio de 1792.

(3) Real cédula de 11. de Junio de 1801, artículo 5 del Reglamento inserto.

(4) Artìculo 1. de dicho reglamento.

(5) Gaceta ministerial de 2. de Octubre de 1812.

tes ó descendientes, y el pariente falleció absolutamente intestado, están obligados á hacerles las exequias funerales, y demas sufragios que se acostumbren en el país, con arreglo à su caudal, calidad y circunstancias; pero no á distribuir todo el quinto por su alma, sin que para esto haya de hacer el juez inventario de los bienes (1). Si falleció bajo de poder para testar, y el comisario no realizó el testamento en el tiempo prefinido por la ley ó por el mismo testador, tampoco tendrán obligacion de invertir todo el quinto, y cumplirán con solo lo dicho (2). Lo mismo se debe decir de los herederos transversales del que murió absolutamente intestado. Pero si el difunto diô poder para testar, y el comisario, ó por no poder, ó por no querer, no hizo el testamento, en este caso solamente estarán obligados á la distribucion del quinto íntegro dentro del año, segun ordena una ley de Recopilacion (3), que dice así: "Cuando el comisario no hizo testamento, ni dispuso de "los bienes del testador, porque pasò el tiempo, ô porque "no quiso, ó porque murió sin facerlo; los tales bienes "vengan derechamente à los parientes del que le dió el "poder, que hubiesen de heredar sus bienes ab intestato, los "cuales en caso que no sean fijos ni descendientes ó as- "cendientes legìtimos, sean obligados á disponer de la quinta "parte de los tales bienes por su ánima del testador, lo "cual si dentro del año contado desde la muerte del testa- "dor no lo cumplieren, mandamos que nuestras justicias les "compelan á ello, ante las cuales los puedan demandar, y "sea parte para ello cualquier del pueblo." La razon de esta disposicion es, porque en este caso se presume que el testador por el hecho de dar poder para testar al comisario, quizo que su alma fuese preferida á sus parientes en el quinto, y no se amplía à otros casos, porque solo habla del que últimamente he esplicado.

(1) L. 16. tit. 4. lib. 5. Rec.
(2) Argumento de la ley 10. tit. 4. lib. 5. R.
(3) L. 10. tit. 4. lib. 5. R.

APENDICE.

DE LOS MAYORAZGOS.

718. Mayorazgo *es una institucion por la cual se prohibe la enagenacion de algunos bienes, y se establece el órden de personas que han de suceder en su posesion.* El derecho de fundar mayorazgos hace una parte del de testamentifaccion, y uno y otro son manifiestamente *institucion* del derecho. Aunque el mayorazgo se establezca por contrato entre vivos, siempre participarà de la naturaleza del testamento, porque es de la esencia de ambos el que en ellos se disponga de unos bienes cualesquiera para despues de la muerte del que hace la disposicion. La *prohibicion de enagenar,* aunque de la esencia de los mayorazgos, es tambien comun á los demas bienes poseidos por manos muertas: así que, la diferencia específica de los bienes amayorazgados es *el órden de personas que han de suceder en su posesion* (*).

719. Si este órden es el mismo que el que la ley 2.ª, tít. 15, Part. 2.ª, fijaba para la sucesion de la corona de España, el mayorazgo se llama regulár. Si se diferencia de él en algo, se llama irregular. Son varias las fórmulas por las cuales puede establecerse un mayorazgo regular, y en general se puede decir que no constando espresa y manifiestamente la intencion de un fundador de hacer irregular un mayorazgo, será este tenido por regular. En la sucesion de los de esta especie, conforme à la designada en la ley (1) de Partida, debe tenerse presente: 1.° la línea,

---

(*) La Asamblea Nacional en 13 de Agosto de 1813 dió la ley siguiente —*La Asamblea General prohibe la fundacion de mayorazgos en el territorio de las Provincias Unidas; no solo sobre la generalidad de los bienes, sinó sobre las mejoras de tercio y quinto, como asi mismo cualquiera otra especie de vinculacion, que no teniendo un objeto religioso ó de piedad, transmita las propiedades á los sucesores sin la facultad de enagenarlas.*—(Redactor *N.* 15.)

(1) Ley citada del tit. 15. P. 2.

porque la del último poseedor escluye á las demas: 2.° el grado, porque en la linea llamada, el mas próximo pariente escluye al mas remoto: 3.° el sexo, porque siempre es preferido el varon á las hembras de igual linea y grado; y 4.° la edad, porque los mayores escluyen á los menores que les son iguales en linea, grado y sexo. En el mayorazgo regular se sucede por derecho de representacion, y por consiguiente los descendientes de los que llamados á suceder murieron sin haber poseido el mayorazgo, son considerados como ocupando el mismo lugar que estos.

720. En los irregulares se sucede por el órden que los fundadores establezcan, que son árbitros en esto, así como en poner las condiciones con que han de poseerse los mayorazgos. Los poseedores deberán cumplirlas siendo honestas y posibles; pero si no lo fuesen á nadie obligarian, y se reputarian por no puestas. Siendo tantas las alteraciones que pueden hacerse en el órden de suceder, que si se tratase de apurarlas tendrian que ser representadas por muchos guarismos, y ofreciendo poca utilidad tan molesto trabajo, hablaremos tan solo de las que suelen hacerse con alguna frecuencia, y constituyen las siete especies mas comunes de mayorazgos irregulares, que son las de los conocidos con los nombres de, 1.° *mayorazgo de agnacion*: 2.° *de masculinidad*: 3.° *de femineidad*: 4.° *de segundagenitura*: 5.° *alternativos*: 6.° *saltuarios*: 7.° *electivos* (1).

---

(1) Quizá alguno eche de menos en esta clasificacion los mayorazgos llamados de agnacion fingida y los incompatibles, que se han omitido de intento. La razon para escluir el de agnacion fingida ha sido que diferenciándose los mayorazgos segun el órden con que en ellos se sucede, y no principiando propiamente este órden hasta el caso de suceder al primer llamado, la circunstancia de que este sea ó nó agnado no puede establecer una nueva especie de mayorazgo. De otro modo se deberian haber criado otras muchas especies de mayorazgos de calidad fingida, haciendo una, por ejemplo, de los de terneidad, en que el primer llamado fuese varon; otra de los de segundagenitura, en que el primer llamado fuese primogénito, y asi de los demas.

721. Mayorazgo de agnacion es *aquel á cuya sucesion son llamados unicamente los varones que descienden del fundador de varon en varon sin mediar hembra alguna.*

722. El de masculinidad es *aquel à cuya sucesion son llamados únicamente los varones, sin diferencia alguna entre los que proceden de hembra y los descendientes de varon.* Acerca de este mayòrazgo y del anterior debe tenerse presente la pragmàtica que el señor Rey Don Felipe III diò á peticion de las cortes celebradas en Madrid en el año de 1611, mandando por ella (1) que las hembras fuesen admitidas à la sucesion de los mayorazgos que se fundasen de allì en adelante (2), *si no fuese en caso* que el fundador las escluyese y mandase que no sucedan, espresàndolo clarā y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean.

723. Mayorazgo de femineidad es *aquel â cuya sucesion son llamadas las hembras, ô esclusivamente, ô con preferencia â los varones.* Esta especie de mayorazgo se subdivide en dos, que son: de contraria agnacion, y de contraria masculinidad. Por sus nombres se deja conocer que el primero es aquel á cuya sucesion son llamadas tan solo las hembras que proceden de hembra; y el segundo aquel á cuya sucesion son admitidas las hembras, ya procedan de hembra ya de varon.

724. Mayorazgo de segundogenitura es *aquel â cuya sucesion son llamados los hijos segundos por órden sucesivo.*

La incompatiblidad es considerada ùnicamente como una condicion que suele ponerse en algunos mayorazgos, pero que no puede dar lugar á una nueva especie, porque aun cuando por ella se altere alguna vez el órden de suceder, no se cria una constante y diferente de los demas. La incompatibilidad, lo mismo que cualquiera otra condicion justa, puede hallarse tanto en los mayorazgos regulares como en los irregulares.

(1) L. 8. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Rec.

(2) Esto es, desde el 15 de Abril de 1615.

725. Alternativo es *aquel à cuya sucesion son llamados los parientes de diversas lineas, de manera que â cada vacante que ocurra se varia de linea, alternando por su órden las llamadas.*

726. Saltuario es *aquel à cuya sucesion es llamado el pariente del fundador que al tiempo de la vacante sea el de mas edad.*

727. Electivo es *aquel en que los poseedores tienen facultad de elegir su sucesor entre sus hijos ó parientes.* Si un poseedor muriese sin usar de esta facultad, pasaria el mayorazgo al hijo primogènito, ó al que segun el òrden regular de suceder correspondiese.

728. Estos mayorazgos irregulares, asi como todos los demas, de cualquier especie que sean, se gobiernan por las mismas leyes y reglas que los regulares, escepto en la parte en que consista la irregularidad. Indicadas las especies mas comunes de esta, cuanto se diga acerca de la fundacion de los mayorazgos, y de las propiedades de los bienes en que consistan, comprende tanto á los mayorazgos regulares como à los irregulares.

729. Antes de la Real cédula de 14 de Mayo de 1789 (1), todos los que podian testar podian fundar libremente mayorazgos en favor de cualquiera de la tercera parte de sus bienes si tenian ascendientes, y de la quinta si tenian descendientes, y haciendolo en favor de algunos de estos podian vincular por via de mejora el tercio y quinto. Para fundar mayorazgos de todos los bienes es para lo que ùnicamente se necesitaba licencia Real; pero por la citada cédula se mandò para evitar los males que produce la muchedumbre de mayorazgos, que no se puedan fundar, aunque sea por via de agregacion, ô de mejora de tercio y quinto, ò por los que no tengan herederos forzosos, ni prohibir perpetuamente la enagenacion de bienes raices sin que preceda la licencia del Rey. Para que esta se conceda debe ser á consulta de la Cámara, y hacerse constar

(1) L. 12. tit. 17. lib. 10. de la Nov. R.

que las rentas del mayorazgo que se intenta fundar llegan, cuando menos, á tres mil ducados; que la familia del fundador es digna de ser empleada con utilidad del Estado, y que los bienes en que ha de consistir el mayorazgo no son raices, ó al menos que la parte de bienes de esta especie que se quiere vincular es menor que la de efectos de rédito fijo, como censos, acciones de banco, efectos de villa, y otros semejantes que entran à completar el mismo mayorazgo, y en los cuales deben consistir todos los que se funden. Ademas, debe pagarse el veinte y cinco por ciento del valor total de lo que se vincule. Las vinculaciones hechas sin estos requisitos son nulas, y los bienes en que consistan deben pasar como libres á los herederos legítimos del fundador, á quienes compete reclamar la nulidad.

730. Pero observando lo prevenido en la cédula citada, cualquiera que pueda disponer de sus bienes puede fundar mayorazgos, establecer el órden con que se ha de suceder, y las condiciones que han de cumplir sus poseedores. Una de las que mas comunmente suelen ponerse, es la de que la posesion de un mayorazgo sea incompatible con la de otros. Esta incompatibilidad puede ser de *ocho maneras*: 1.ª *espresa*, cuando el fundador la manifiesta con palabras terminantes en la fundacion: 2.ª *tâcita*, cuando se infiere necesariamente de las clâusulas de ella, v. gr., cuando se mandase que los sucesores de un mayorazgo se firmen en primer lugar con el apellido del fundador, es manifiesto que el poseedor de un mayorazgo de esta especie no puede obtener otro que exija la misma condicion: 3.ª *absoluta*, que impide la reunion con cualquier otro mayorazgo: 4.ª *relativa*, que solo la impide con ciertos y determinados: 5.ª *en adquirir*, que priva del derecho á los mayorazgos á que se refiere: 6.ª *en retener*, que prohibe que uno pueda poseer los mayorazgos incompatibles, pero le deja la facultad de elegir uno de ellos: 7.ª *personal*, cuando la incompatibilidad se refiere solo al poseedor: 8.ª *real* ò *lineal*, cuando comprende à toda la línea del poseedor. Todas estas

especies de incompatibilidad se llaman de hombre, porque los particulares pueden â su antojo ponerlas en las fundaciones. Otra hay con el nombre de incompatibilidad legal, y es la establecida por la ley del Señor D. Carlos I., por la que mandò que cuando por causa de matrimonio se juntaren en una casa dos mayorazgos, de los cuales uno llegue á producir de renta dos cuentos, escoja el primogénito el que quisiere, y el otro pase al segundogènito, y si no hubiese mas que uno, hágase esta division entre los hijos de este.

731. Los mayorazgos son por su naturaleza perpetuos, y lo serán aun cuando los fundadores no lo espresen asi en las fundaciones; pero si dispusieran manifiestamente lo contrario, los bienes amayorazgados se harân libres llegado el caso previsto en la fundacion.

732. Son tambien indivisibles, y solo puede ocurrir un caso muy raro, como es el de que nazcan de un parto dos varones ó dos hembras sin que se pueda averiguar cual nació primero, en el que el mayorazgo se dividirá por mitad (1).

733. Los bienes de mayorazgo son inenagenables por la sencillìsima razon de que á ninguno de sus poseedores corresponde su dominio. Sin embargo, ademas de estar sujetos como los bienes libres á la enagenacion en favor del público en los casos de conocida utilidad, se pueden tambien enagenar en beneficio del mismo mayorazgo; pero para esto se necesita informacion de utilidad y consentimiento del próximo sucesor. La prohibicion de enagenar se estiende naturalmente à la de gravar de cualquiera manera que sea los bienes vinculados. No pudiendo estos bienes ser empleados en beneficio de otros que de los que son llamados á suceder en su posesion, parecia que tampoco deberian recibir incremento en perjuicio de los poseedores de bienes libres. Sin embargo por la ley 46 de To-

(1) L. 12. tit. 33. P. 7.

ro (1) se dispuso que las fortalezas que se hiciesen en los pueblos de mayorazgos, y los edificios construidos en los bienes de esta clase, pasasen à los sucesores del mayorazgo sin que los herederos de los que hicieron tales mejoras, puedan reclamar su estimacion. Los intérpretes han querido estender la disposicion de la ley á todas las mejoras, de cualquier especie que sean, hechas en los bienes amayorazgados; pero acaso esta opinion, tan seguida hasta aqui, està mas apoyada en autoridad, que en la razon y en la crítica legal.

734. Tampoco estan obligados los poseedores de los mayorazgos à pagar las deudas que hayan contraido sus antecesores, porque no suceden á estos por derecho hereditario, sino por derecho de sangre ô de linage. Pero sì deben pagar las deudas contraidas por los fundadores antes de que fundasen el mayorazgo. No obstante esta justa ventaja que llevan las deudas de los fundadores á las de los poseedores de los mayorazgos, en la sucesion de estos es de mas provecho la proximidad de parentesco de estos últimos que respecto de los primeros, porque la mayor proximidad respecto del último poseedor es lo que da la prelacion, tanto en la lìnea recta como en la transversal.

735. Estas son propiamente las dos únicas lìneas por las cuales puede correr la sucesion de los mayorazgos; pero los intèrpretes dan este nombre à otras muchas, que designan con los de paterna y efectiva materna, masculina, femenina, contentiva ó comprensiva, actual ó posesoria de agnacion, de cualidad, de sustancia habitual, de primogenitura defectiva, electiva y postergada. No es de este lugar definir todas estas lìneas que se hallan esplicadas en tantos autores como han tratado de mayorazgos, y que por otra parte no ofrecerá su inteligencia dificultad alguna á los legistas. Otras cosas hay en este asunto harto mas árduas, y que exigen un estudio profundo y detenido.

(1) L. 6. tit. 17. lib. 10. de la Nov. Rec.

736. Aquí solo pondremos un caso en que podria ocurrir duda acerca de la preferencia de dos opositores á un mayorazgo. Un último poseedor tuvo un hijo natural, despues de cuyo nacimiento se casò y tuvo otro legítimo; muerta su muger pasò á segundas nupcias con la madre del hijo natural, y por consiguiente quedò este legitimado por subsigiente matrimonio. Los legitimados de este modo son en todo iguales à los legítimos, y siendo de mas edad el legitimado, parece que debia ser el sucesor del mayorazgo. Sin embargo, la sentencia contraria es la mas fundada y seguida, porque la legitimacion no puede hacerse en perjuicio de los legítimos, ni privar à estos de los derechos que tengan adquiridos legalmente.

737. Los pleitos que ocurran acerca de la sucesion de los mayorazgos deben sustanciarse en las Chancillerias y Audiencias; pero hay un juicio llamado de *tenuta* que es privativo del Consejo. Cuando no se hace oposicion al sucesor, la posesion le es transmitida desde la muerte del ùltimo poseedor por ministerio de la ley, conforme á la 45 de Toro, por lo que à esta posesion se ha dado el nombre de *civilìsima*.

TÍTULO XIV.

DE LAS OBLIGACIONES.

738. Todo lo que se ha esplicado desde el principio del libro segundo hasta aqui pertenece á las especies de *derecho en la cosa.* Hemos visto los modos de adquirir el dominio, que cosa sean las servidumbres, y como se adquiera por herencia, ya en virtud de testamento, ya abintestato. Ahora, pues, parece que debia tratarse del derecho de prenda, que es la última especie de derecho en la cosa; pero habiendo de seguir el órden de las instituciones de Justiniano, pasaremos á tratar del *derecho â la cosa,* el cual como siempre nace de obligacion, veremos primeramente que cosa sea obligacion, y cuantas sus especies.

739. Por obligacion entendemos *una necesidad moral que nos impone el derecho de dar ó hacer alguna cosa* (1). De esta definicion, que es bastante clara, se deduce el siguiente axioma. *La obligacion no pasa de la persona que la contrae*: de suerte, que en virtud de ella nunca se tiene accion contra un tercero, sino solamente contra aquel que se nos obligó, y en esto consiste una de las principales diferencias entre el derecho *en la cosa* y *á la cosa,* que dimos en el tít 1.° del lib. 2.°

740. De la definicion pasemos á sus divisiones. La primera de ellas es que las obligaciones son, ò puramente naturales, ó puramente civiles ó mistas (2). Como el fundamento de toda obligacion es la ley, si la oblìgacion nace del derecho natural, pero no la auxilia ò asiste el derecho civil, la obligacion se llama *puramente natural,* v. gr., la obligacion que nace el dia de hoy de los esponsales con traidos sin escritura pública (3). Si el derecho civil ha impuesto la obligacion, y el derecho natural no la auxi-

(1) Arg. de la ley 5. tit. 12. P. 5.

(2) L. 5. tit. 12. P. 5.

(3) Real decreto de 28 de Abril de 1803.

lia, se llama *puramente civíl;* v. gr., la que nace del contrato literal. Finalmente, si ambos derechos natural y civil asisten á la obligacion, será mista; v. gr., el comprador está obligado por derecho civíl y natural á pagar el precio prometido; y asì se puede decir *mista* esta obligacion (1). Hablando en rigor solo estas son verdaderamente obligaciones, porque producen todo su efecto: las civiles puramente por lo regular no producen alguno, pues se rescinden por la restitucion *in integrum*: (*) las naturales, finalmente, solo producen escepcion y no accion.

741. Otra division de las obligaciones es que unas nacen inmediatamente de la equidad natural, y otras mediante algun hecho que produce la obligacion. Nacen inmediatamente de la equidad siempre que se exige alguna cosa en virtud de alguno de estos dos principios: 1.° *Todo hombre está obligado á hacer en favor de otro una cosa que ningun daño le trae á êl, y aprovecha al otro.* 2.° *Todo hombre está obligado á hacer lo que la recta razon dicta que debe.* Por ejemplo, en virtud del primer principio está obligado el poseedor de una cosa á mostrarla al que se lo pide, para investigar si es la suya que él ha perdido: en virtud del segundo el padre està obligado à alimentar al hijo, sin que en ninguno de entrambos casos intervenga hecho alguno que induzca la obligacion.

742. Por el contrario, cuando la obligacion nace de *hecho*, este será, ò lícito, ô ilícito. El hecho lícito consiste en el consentimiento, y el ilícito, es todo delito; y de aquí se saca otra nueva division de la obligacion, en una que nace de convencion y otra de delito. De los delitos hablaremos en el libro 4.°, y asì ahora solo pertenece tratar de las convenciones.

743. La convencion, que en derecho es lo mismo que pacto, no es otra cosa que aquel *consentimiento por el cual*

(1) L. 5. tit. 12. P. 5.

(*) No siempre es esto cierto, pues la obligacion que nace de una sentencia injusta, y de la que ya no hay recurso, es puramente civil; y produce un efecto tan real como el de una sentencia justa.

dos ó mas convienen en dar ó hacer alguna cosa. Se dice que la convencion es *consentimiento*, porque faltando este no hay hecho obligatorio lícito: ha de ser de *dos ó demas*, porque uno solo no se puede obligar â sí mismo, y en una compañía se obligan hasta ciento, y aun mas hombres: finalmente, se ha de convenir en *dar ó hacer algo*, y en esta afirmacion, tambien se incluye negacion; y asi hay convenciones de no dar ò de no hacer, que se llaman *pactos remisorios*.

744. La convencion se divide en contrato y pacto: el contrato es *una convencion que tiene nombre y causa*, y el pacto, que ni tiene nombre ni causa. Para entender estas definiciones es necesario saber que es nombre y que es causa. *Por nombre* entendemos un vocablo que significa el contrato de que se habla, y del cual toma nombre la accion que produce. *Por causa* se entiende una cosa presente, de la cual, segun derecho, nace obligacion, (*) Asi, v. gr., la venta tiene nombre, y de allí nace la accion de compra y venta, y causa, que es el consentimiento: por el contrario, una promesa de donar alguna cosa ni tiene nombre, porque no hay accion de este nombre en derecbo, ni hay cosa alguna presente, sino que solo se promete para lo porvenir.

745. Por nuestro derecho, no se conoce distincion en pacto nudo y vestido, como la habia entre los romanos ; y asi entre nosotros todo pacto que sea conforme á derecho produce obligacion siempre que conste la voluntad de obligarse, sin que se pueda alegar que no hubo solemnidad, pues en virtud de dicha ley no se necesita alguna (1).

(*) *Causa en los contratos*, dice M. Lacretelle, *es la razon, ó el motivo por el cual la cosa sobre que se contrata pasa de uno de los contratantes al otro*; y como esta razon puede ser ò una daccion ô un hecho, de ahí es que los jurisconsultos definen la causa de los contratos: *Datto vel factum certa lege.* Véase á Vinio *de oblig.* al § 2.° n. 9.

(1) L. 2. tit. 16. lib. 5. R.

746. Los contratos, unos son *verdaderos*, ó rigorosamente tales, y otros se llaman *cuasi contratos*. Todo contrato, por ser convencion, requiere precisamente consentimiento, y este puede ser ó verdadero y espreso, ò ficto, que tambien se llama presunto; del verdadero y espreso nacen los contratos. Mas para que no se piense que las leyes sin razon alguna fingen que uno consintiò, hay tres reglas de equidad natural, de las cuales se deduce el dicho consentimiento.

747. 1.ª *Ninguno se presume que sin razon alguna quiera enriquecerse con daño de otro.* (†)

748. 2. *El que quiere lo que antecede, no debe rehusar lo que se sigue.* (‡)

749. 3.ª *Cualquiera se presume que ha de aprobar lo que redunda en utilidad suya.*

750. Los verdaderos contratos, unos son nominados y otros innominados (‡‡). Los nominados tienen nombre y causa, y asi producen accion del mismo nombre. Mas los innominados solo tienen causa, pero no nombre; y asi no producen accion especial. Tales son estos cuatro, que comunmente se asignan: *te doy porque me hagas, te doy porque me des, te hago porque me des, te hago porque me hagas* (*). Es verdad que pudiera decirse que aun los contratos nominados pueden incluirse bajo estas cuatro formas pues la compra y venta, v. gr., no es otra cosa que *te doy porque me des;*

(†) Reg. 17. tit. 34. P. 7.

(‡) Reg. 29. tit. cit.

(‡‡) L. 5. tit. 6. P. 5.

(*) Cuando yo te doy para que me hagas alguna cosa, ó cuando yo hago para que me la des, hay en verdad dos contratos; es decir, dos actos distintos y separados; pero adviertase que son exactamente del mismo género, y que ambos contratantes no hacen sino cambiar de rol. En el uno, yo soy el que doy, y aquel el que hace. En el otro, yo soy el que hago, y aquel el que da. Resulta pues, que en los cuatro cuasi contratos de que habla el autor, no hay sino una dacion y un hecho, y por lo tanto solo dos géneros de contratos. Vèase á Merlin Repert. verb. convent.

pero realmente no es asi, pues en los contratos nominados interviene moneda precisamente, y en los innominados ò no interviene sino otra cosa, ó si se quiere que intervenga no es como precio ò merced, sino como honorario, que no es necesario que esté definido por pacto.

751. Hemos dicho ya que todos los contratos deben tener causa, esto es, alguna cosa presente, de la cual, segun las leyes nace obligacion. Estas causas no son mas que la tradicion de la cosa, las letras y el consentimiento, pues ya no hay necesidad de palabras solemnes en alguno. Los contratos que se perfeccionan por la tradicion se llaman reales, como el mútuo, comodato, prenda y depósito. Los que por solo el consentimiento, *consensuales*, (*) como la compra, venta, locacion conduccion enfitèusis, sociedad y mandato; y el que se perfecciona por letras solemnes se llama *literal*.

752. Resta la última division de los contratos, por la cual unos son unilaterales, otros bilaterales (†); pero es de advertir que no tienen este nombre por las personas que contraen, pues en este sentido todos los contratos son bilaterales, sino por las personas que se obligan. Si una y otra queda obligada, el contrato es bilateral; si una solamente, unilateral: en la compra y venta, v. gr., uno y otro contrayente se obliga, y en el mútuo uno solo. Los unilaterales se llaman tambien de derecho rigoroso (en latin *stricti juris*), y los bilaterales de buena fé; pero por esto no se quiere decir que la buena fé no sea necesaria en los con-

(*) ¿ Porque unos contratos se perfeccionan solo con el consentimiento y otros con la tradicion? Pichardo da la razon deduciéndola de las causas de las obligaciones. En los contratos consensuales *alter enim*, dice, *obligatur quia alius obligatus est, et hic quia ille similiter obligatus est, atque sic illius obligatio justa causa est ut hic obligetur, hujus autem obligatio, ut ille teneatur: quæ sane ratio in his contractibus qui ultró citróque obligationen inducunt considerari potest, non in illis in quibus ex una tantum parte nacitur obligatio, ut in deposito, commodato &c.*

(†) Se advierte esta division en la L. 2. tit. 2· P. 5.

tratos de rigoroso derecho, sino que en estos nada mas se puede pedir que lo que espresamente se prometió: por el contrario, en los llamados de buena fé se debe todo aquello que dicta la equidad, aun cuando no se haya pactado espresamente, v. gr., del mútuo no se piden usuras, si no es que se prometan, porque es contrato de rigoroso derecho: mas en la compra y venta por sola la tardanza en verificar el pago, está el comprador obligado á las usuras, por ser este contrato de buena fé.

753. De lo dicho se deduce muy fácilmente por que razon ciertos contratos producen dos acciones, y otros una. Como en los bilàterales ambos contrayentes estan obligados, precisamente debe haber dos acciones, por medio de las cuales uno y otro sea compelido á cumplir lo que debe. Por el contrario, como en el mútuo, v. gr., á nada está obligado el acreedor, sino solo el deudor, de aqui es que solamente se da una accion. Las dos acciones que nacen de los bilaterales ó son ambas directas, ò la una es directa y la otra se llama contraria. Son ambas directas siempre que la obligacion de los dos contrayentes nace desde el principio del contrato; y es la una directa y la otra contraria siempre que el uno de los contrayentes queda obligado desde el principio y el otro despues: v. gr., en la compra y venta uno y otro contrayente desde el principio se obliga en virtud del mismo contrato; y asi nacen las dos acciones llamadas *de compra* y *venta*, que ambas son directas. Mas en el mandato solamente el mandatario queda obligado desde el principio, y en virtud del contrato; pero el mandante no està obligado sino hasta despues, en el caso de que el mandatario hiciese algunos gastos por el, ò recibiese daño por causa de la egecucion del mandato; y asi la accion contra el mandatario es directa, y la que se da contra el que mandò contraria. En materia de acciones contrarias sirva de regla general que *toda accion contraria se da para indemnizarse.*

754. Resta decir alguna cosa sobre la obligacion de resarcir el daño en los contratos. Daño llamamos *todo aquello que disminuye nuestro patrimonio.* Esto puede suceder ó por *dolo*, ò por *culpa*, ò por *caso fortuito.* Dolo se dice que hay siempre que se verifica propòsito ò intencion en el que daña (1). Culpa cuando se falta por negligencia ò descuido (2). Finalmente, caso fortuito se llama cuando el daño viene de la Providencia divina que asi lo dispone, y à la que no se puede resistir (3). Acerca del dolo solo hay una regla que observar, esta es: *el dolo siempre se presta en todo contrato;* lo cual es tan cierto, que aun cuando hubiesen pactado entre sí los contrayentes que no se prestase, no valdria este pacto, porque convidaria á pecar (†). Aun hay ciertos contratos en los cuales no solo se presta el dolo, sino que tambien se hace infame el que le comete; tales son la tutela, el depósito, la sociedad y el mandato (4). Y la razon que tienen para esto las leyes, es porque estos contratos solo se hacen entre amigos, cuando los demas se celebran con cualquiera, y no hay cosa mas execrable que un amigo sea burlado y engañado por su mismo amigo.

755. Acerca del caso fortuito se da tambien una regla solamente, esta es la siguiente:

756. *Al caso fortuito, hablando en general, ninguno está obligado* (5). La razon es, porque á ninguno se puede imputar lo que no puede impedir, sino que depende de la Providencia divina, que gobierna todas las cosas. Con todo, puede suceder que alguno preste el caso fortuito; esto serà: 1.º si voluntariamente se quisiere obligar á él: 2º si

---

(1) LL. 1. tit. 16., y 11. tit. 33. P. 7.
(2) L. 11. tit. 33. P. 7.
(3) Dicha ley 11.
(†) L. 29. tit. 11. P. 5. y véase la L. 57. tit. 5 P. 5.
(4) L. 5. tit. 6. P. 7.
(5) Arg. de la ley 3. tit. 2. P. 5., y ley 11. tit. 33. P. 7.

fuere moroso en entregar ó en restituir la cosa; y 3.º si por su culpa dió ocasion al caso fortuito (1).

757. La culpa, segun los juristas, se divide en *lata, leve y levìsima.* El fundamento de esta division es la diversidad que hay de padres de familias; entre estos hay algunos sumamente cuidadosos, que parece tienen mil ojos para cuidar de todo, y que de noche no pueden tomar el sueño sin haber escudriñado todos los rincones de su casa. Ahora, pues, el que no imita esta diligencia, verdaderamente exactìsima, se dice que comete *culpa levîsima* (2). Hay otros padres de familia descuidados y perezosos, que ni saben adelantar, ni aun conservar la hacienda recibida: los que son tan negligentes, ó mas que ellos, se dice que cometen *culpa lata* (3). Finalmente, hay otros exactos y medianamente cuidadosos, y el que no imita la diligencia de estos es reo de *culpa leve* (4)

758. Estas son las definiciones, las cuales entendidas, fácilmente se entenderàn las reglas que se han de observar en prestar las culpas. Es de advertir que hay contratos que solo ceden en utilidad del que dà, otros solo del que recibe, y otros que ceden en utilidad de ambos contrayentes,

759. Regla 1.ª *Cuando toda la utilidad es para el que da y ninguna para el que recibe, aquel presta hasta la culpa levísima, este solamente la lata;* (*) v. gr., en el depòsito, el que depone se obliga hasta la culpa levísima, porque él ùnicamente percibe la utilidad de este contrato, y el depositario solamente la culpa lata, porque el trabajo todo es para él (†).

760. 2. *En los contratos que ceden en utilidad de ambos*

(1) Dicha ley 3. * L. 2 tit. 16. lib. 3. Fuero Real.
(2) L. 11. tit. 33. P. 7.
(3) Dicha ley 11.
(4) La misma ley 11. tit. 33. P. 7.
(*) L. 2. tit. 2. P. 5.
(†) Véanse las LL. 3. 4. tit. 3. P. 5.

contrayentes, cada uno está obligado á la culpa leve ; (‡) v. gr., la compra venta, locacion conduccion, compañía y prenda.

761. 3.ª *Cuando toda la utilidad es para el que recibe, este contrayente presta hasta la levísima ;* (††) v. gr., en el comodato.

762. 4.ª *El que de su voluntad se ofrece á un contrato en que se requiere una diligencia muy grande, queda obligado hasta la culpa levísima, como en la administracion de negocios agenos* (‡‡).

763. 5ª *El que ofrece á otro su cosa no puede exigir sino la culpa lata ;* (§) por ejemplo, en el precario.

764. Hemos hablado ya de las obligaciones en general : síguese ahora tratar en particular de los contratos nominados ; y como estos, segun se ha dicho arriba, se dividen en reales, literales y consensuales, el título siguiente habla de los reales.

(‡) L. 2. tit. 2. P. 5.
(††) L. 2. cit.
(‡‡) L. 30. y 34. tit. 12. P. 5.
(§) L. 3. tit. 2. P. 5.

TÍTULO XV.

DE QUE MODOS SE CONTRAE OBLIGACION POR TRADICION DE LA COSA, O DE LOS CONTRATOS REALES.

765. Aunque todas las obligaciones producidas por los contratos innominados, y aun por los delitos, nacen de cosa, llamamos ahora *contratos reales* â aquellos que ni tienen su perfeccion esencial, ni aun producen obligacion, si no es que se siga la tradicion de la cosa. Tales son entre los nominados estos cuatro: *mútuo*, *comodato*, *depósito y prenda.* Dije *entre los nominados*, porque los innominados todos esperan la tradicion de la cosa para producir obligacion; y asi no seria contrato si uno dijese, *te darè porque me des*, *te haré porque me des ô hagas*, si no es que sea actualmente, *te doy porque me des ô hagas* (†) *&c.;* y asi se vé claramente que es necerario que todos los contratos innominados sean reales.

766. El primer contrato que se perfecciona por la tradicion de la cosa es el *mûtuo*, y se llama asi *un contrato por el cual una cosa fungible, ò de las que consisten en número, peso y media, se da â otro para que use de ella como dueño, con obligacion de volver otro tanto en el mismo gènero* (1). Se dice que este contrato se versa en cosas fungibles, porque sino fueren de las que se consumen por el uso, no será mútuo, sino comodato. Se dice que *usa de la cosa como dueño el que la recibe*, y èsta es otra distincion entre el mútuo y comodato, pues en este se da solo el uso y no el dominio. Finalmente, se añade que el deudor debe restituir *otro tanto del mismo género*, y en esto se distingue el mûtuo de todos los demas contratos reales, conviene á saber, del comodato, depósito y prenda en los cuales se debe restituir lo mismo en especie.

(†) Véase la ley 5. tit. 6. P. 5.

(1) L. 1. tit. 1. P. 5. * y vease el tit. 16. lib. 3. Fuero Real.

767. Con lo dicho se entenderán fácilmente dos axiomas acerca de esta materia. 1.° *No se da mûtuo si no se verifica tradicion de moneda, ó de otra cosa de las que se llaman fungibles* (1). 2.° *El mùtuo es especie de enagenacion, y el dominio de la cosa fungible pasa al deudor* (2).

768. De estos dos axiomas se deducen todos los derechos que hay acerca del mútuo; y asi de ellos se infiere. 1.° Que puede dar à mútuo todo aquel que pueda enagenar; y asi, de ninguna suerte lo puede hacer el pupilo, ni el menor, (3) y si solo, aquel que tiene facultad de contraer. 2.° Que por ser este contrato unilateral, solo queda obligado el deudor à volver la cosa que recibiò en el mismo género que se le diò (4).

769. Acerca de las personas â quien se puede hacer el préstamo, debemos decir que ã las iglesias, reyes, concejos, comunidades y menores, aunque se les puede dar á mútuo, no se podrà demandar lo dado sino se prueba que se convirtió en su utilidad (5). Y asi, para que quede el que da á mùtuo asegurado, debe probarse la utilidad antes de hacerse el contrato, y obtener licencia del respectivo juez á quien corresponda darla con cuya diligencia serà bien hecho (6).

770. De ninguna manera se puede dar â mútuo à ningun hijo de familia, sea mayor ò menor de veinte y cinco años, estando bajo la patria potestad, y si lo recibe no està obligado á su restitucion, ni se le puede demandar judicial ni estrajudicialmente, ni à sus fiadores, ni padre; y el contrato que sobre ello se hiciere es nulo, si no es en seis casos: 1.° Cuando el hijo es soldado. 2.° Cuando obtiene empleo público del Rey ó consejo 3.° Cuando niega

(1) L. 1. tit. 1. P. 5.
(2) I L. 2 y 10. tit. 1. P. 5.
(3) LL. 17. tit. 16. P. 6., y 4. tit. 11. P. 5.
(4) L. 2 tit. 1. P. 5.
(5) L. 3. tit. 1. P. 5.
(6) Febr., tom. 2. pag. 467. n. 7.

que es hijo de familia, y el acreedor tiene justa causa para creerlo. 4.° Cuando lo prestado se convirtió en utilidad de su padre, ó este le mandó recibir el préstamo, ó estando presente lo consiente, pues entonces ambos quedan obligados. 5.° Cuando está reputado comunmente por libre de la patria potestad, ò es menestral ó comerciante, y como tal acostumbra contratar públicamente, ó su padre le tiene puesto en este egercicio, y con su órden contrata. 6.° Cuando el hijo está acostumbrado á recibir prestado, y su padre á pagarlo, pues se presume su consentimiento (1).

771. Si el factor de algun mercader ò cambiante toma algo prestado con su mandato ò sin èl, y lo emplea en el comercio de su amo, debe pagarlo éste; pero si no le dió órden para tomarlo, ni lo convirtió en beneficio de su amo, no está obligado este, sino el factor, á su solucion (2).

772. Resta hablar de la accion que nace del mútuo. Como este contrato es de los nominados, la accion que produce es del mismo nombre, y se llama, *accion de mùtuo.* Se da esta al acreedor contra el deudor á efecto de recibir la cosa prestada en el mismo gènero, la que se le debe restituir al plazo estipulado; y sino se prefine plazo, diez dias despues de prestada à voluntad de su dueño (3).

773. A mas de esto, el que recibe alguna cosa á mútuo, si no la vuelve al plazo estipulado, debe pagar la pena que se haya impuesto al tiempo del contrato; pero si no se impuso pena alguna, pagará los daños y perjuicios que haya recibido el mutuante asi en la demora como en la demanda, á lo cual está obligado asi el que recibió el mútuo como sus herederos (4).

774. El segundo contrato, que se perfecciona por la entrega de la cosa, es el comodato, por el cual entendemos *un*

(1) LL. 4. y 6. tit. 1. P. 5. Vèase la ley 22. tit. 11. lib. 5. de la Rec.
(2) L. 7. tit 1. P. 5.
(3) L. 2. del mismo tit.
(4) L. 10. tit. 1. P, 5.

contrato real por el cual una cosa no fungible se da graciosamente para cierto uso, con obligacion de que concluido êste se vuelva la misma cosa en especie (1). Se diferencia del mútuo, parte en que aqui se da una cosa *no fungible*, y en el mútuo fungible, y parte en que aqui se transfiere solamente el uso, y alli tambien el dominio. Del precario se distingue en que en el comodato se da la cosa para cierto uso, y en el precario para incierto é indefinido, y asi siempre es revocable (*).

775. Entendida esta definicion fácilmente se entienden los siguientes axiomas: 1.° *El comodatario recibe la cosa agena para hacer un cierto y definido uso;* de otra suerte seriá precario (2). 2.° *En este contrato no es igual la utilidad de los contrayentes, sino que toda es para el comodatario, y ninguna para el comodante*; de otra suerte seria locacion conduccion (3).

776. Del primer axioma nacen dos conclusiones. 1.ª Que la cosa comodada no se puede pedir antes de acabarse de hacer el uso de ella (4). Pero esto se debe entender de rigor de derecho, pues la equidad persuade que si el comodante necesita de su cosa, debe sér preferido al comodatario. 2.ª Que el que usa de la cosa por mas tiempo, ô de otro modo del que consintió el comodante, comete hurto de uso, porque se sirve de ella contra la voluntad de su dueño (5).

777. Del segundo axioma se infiere: 1.° Que este contrato no admite paga, porque en el instante degenerará en locacion conduccion (6) siendo hecha en dinero, y si en otra

---

(1) L. 1. tit. 2. P. 5.

(*) Sobre las diferencias entre el precario y el comodato vease á Vinio en su obra *Partitionum Juris* lib. 2. cap. 30. y el *Novum Lexicon* de Verrutio verb. *precarium*.

(2) Dicha ley 1. tit. 2. P. 5.

(3) La misma ley 1. del tit. 2. al fin.

(4) Arg. de la ley 9. del mismo tit.

(5) L. 3. del mismo tit. 2. P. 5., y ley 3. tit. 14. P. 7.

(6) L. 1. tit. 2. P. 5.

cosa, en contrato *do ut des*, 2.° Que el comodatario ordinariamente está obligado à la culpa levísima (1), pues lo comun es que solo ceda en utilidad del que recibe; pero si cediese en utilidad de ambos, ó de solo el que dà, como puede acontecer, se prestará la leve ó lata, conforme à las reglas ya dadas (2). 3.° Que el caso fortuito no daña al comodatario, sino al comodante (3). La razon es, porque la cosa perece para su dueño; á que se agrega que el comodatario es deudor de cierta especie, el cual queda libre siempre que esta perece (†). Se esceptúan de estas reglas varios casos, en los cuales es de cargo del comodatario el caso fortuito. 1.° Cuando este sucede por su culpa (4). 2.° Cuando no vuelve la cosa en el dia ó tiempo señalado, pues desde el instante en que es moroso queda obligado à pagarla de cualquier modo que perezca (5). 3.° Cuando el comodatario se quizo obligar al peligro (6).

778. Las acciones que nacen de este contrato son dos, y por ser de los nominados, se llaman *de comodato*. Como el comodatario se obliga desde el principio, y el comodante despues, se sigue que al comodante compete la accion directa, y al comodatario la contraria: aquella para que se restituya la cosa y se preste la culpa, y esta, como todas las demas acciones contrarias, para indemnizarse.

779. El tercer contrato real se llama *depósito*, y es *un contrato por el cual una cosa mueble se da â guardar â otro gratuitamente para que la restituya en especie cuando la pida el deponente* (7). Es digno de notarse que en la definicion se habla de cosa mueble, porque aunque las raices

(1) L. 2. del mismo tit.
(2) Dicha ley al medio, en donde pone ejemplos de estos dos casos.
(3) La misma ley 3.
(†) L. 9. tit. 14. P. 5. y L. 18. tit. 11. P. 5.
(4) Véase la ley 3., que pone ejemplos con que se ilustra esta escepcion.
(5) L. 3. al fin.
(6) La misma ley.
(7) LL. 1. tit. 3. P. 5., y la 2. en el principio.

puedan estar en alguna manera en depósito, pero propiamente solo las muebles son su materia (1). En este contrato ni el dominio ni el uso se transfiere, sino solamente la guarda; y asi, si se concede al depositario que use de la cosa que se le da siendo fungible, y que vuelva otro tanto en el mismo género, el depósito degenerará en mútuo.

780. El depòsito se divide en simple, miserable y secuestro. El primero se verifica cuando alguno voluntariamente y sin necesidad deposita la cosa: el segundo cuando lo hace por necesidad urgente á fin de salvarla de algun incendio, naufragio &c.; y el tercero cuando por razon de pleito se deposita la cosa por el poseedor (2).

781. Acerca del depósito simple se establecen los siguientes axiomas: 1.° *El depósito es un contrato gratuito, de otra suerte degenerarà en locacion, ó en contrato* do ut des (3), 2.° *Por el depósito solo se transfiere la custodia de la cosa, de otra suerte se convertirâ en mûtuo, ô comodato* (4). 3.° *La utilidad en este contrato es solo para el deponente, porque de su naturaleza es gratuito* (5).

782. Del primer axioma se deduce: lo 1.° que este contrato, sin mudar su esencia, no admite paga (6). 2.° Que como este contrato solo se hace entre amigos, el dolo del depositario se castiga con infamia (7); y si no ¿quien, sin ser oprimido de una urgente necesidad, encomendaria sus cosas á otro que á un amigo, en cuya fidelidad tenga mucha confianza? Es, pues, una cosa muy detestable que un amigo sea engañado por otro,

783. Del segundo axioma, en que se asienta que solo se transfiere la guarda, se deduce: 1.° que el depositario come-

(1) L. 2. en el principio, tit. 3. P. 5.

(2) L. 1. tit. 3. P. 5.

(3) L. 2. tit. 3. P. 5. * Pero véanse las LL. 3. tit. 15. lib. 3. Fuero Real, y 1.ª tit. 5. lib. 5.° Fuero Juzgo.

(4) Dicha ley 2. al fin.

(5) Arg. de la citada ley 2.

(6) La misma ley 2.

(7) L. 8. dicho tit. 3. P. 5.

terá hurto si usa de la cosa depositada contra la voluntad de su dueño. Pero 2.º: puede el depósito volverse mútuo ó comodato, espresa ò tàcitamente. Espresamente, si se pacta que el depositario pueda usar de la cosa: y tácitamente, si una cosa fungible se entrega sin guarda ni cerradura alguna (1), pues entonces se infiere con razon que el deponente se contentará con recibir otro tanto en el mismo género.

784. Finalmente, del tercer axioma inferimos: 1.º Que el depositario solamente está obligado á la culpa lata, hablando en general (2). Dije hablando en general, porque hay varios casos en que se obliga á mas: 1.º si se pactò lo contrario: 2.º cuando el depositario se ofrece y ruega para que le den la cosa en guarda; y 3.º cuando recibe precio por guardarla, pues en tales casos debe prestar la culpa leve (3). 2.º Que mucho menos se entenderá obligado al caso fortuito, si no es que se pacte asi, ò que el depositario sea moroso en la entrega, ô que venga el caso fortuito por dolo ò culpa lata del depositario, ó si se hiciere el depósito por utilidad solamente del que le recibe (4).

785. Hemos dicho ya que depòsito miserable se llama aquel que se hace por motivo de incendio, ruina, naufragío ò de otra urgente necesidad. Ahora, pues, como es una cosa otro tanto mas detestable que lo comun el añadir afliccion al afligido, al que en semejante depòsito comete dolo le condenan las leyes en el duplo de la cosa perdida (5).

786. El depòsito judicial ò secuestro se distingue de los otros en que se hace por lo regular invito el dueño, y que solo tiene lugar en las cosas litigiosas (6). Tampoco le

---

(1) L. 2. tit. 3. P. 5.
(2) L. 3.
(3) L. 3. al fin.
(4) L. 4. tit. 3 P. 5.
(5) L. 8. del mismo tit.
(6) L. 1. al fin * y vease la ley 1. tit. 9. P. 3. y L. 8. tit. 10. lib. 5., y ley 16 tit. 32. lib. 2. R. I.

debe entregar el depositario hasta que se haya dado la sentencia y finalizado el pleito (1).

787. Resta esplicar la accion que nace de este contrato: esta tiene el mismo nombre, y se llama *accion de depósito* directa ò contraria. La directa compete al deponente para que se le devuelva la cosa depositada: la contraria se da al depositario para indemnizarse (†); y del mismo modo se procede en el secuestro. Lo singular que tiene la accion de depósito, es que no se puede oponer escepcion, ni con tìtulo de retencion ò compensacion, espensas ni otro alguno, sino que se debe volver la cosa luego que se pida al depositario, usando este despues de su derecho (2). Con todo, la ley de Partida asigna cuatro casos, en los cuales puede retenerse el depósito: 1.° cuando la cosa depositada es espada, cuchillo ù otra arma, y su dueño ha perdido el juicio: 2.° cuando al dueño se le confiscan los bienes: 3.° cuando un ladron da en guarda lo que hurtó, y su dueño dice al depositario que no le entregue hasta que judicialmente se le mande; y 4.° cuando se le entregase en depôsito al mismo dueño lo que se le habia hurtado, pues probando ser suyo lo puede retener como señor que es (3).

788. Resta esplicar el último contrato real, y es el que se llama *prenda*, y tambien *hipoteca*, cuya diferencia y naturaleza muy luego esplicaremos. La palabra *prenda* puede tener vàrias significaciones: unas veces entendemos por ella la misma cosa dada en prenda: otras veces el contrato por el cual se constituye la prenda; y otras, finalmente, el *derecho en la cosa* dada en prenda ó hipotecada, que corresponde al acreedor despues de la tradicion, y aun sin ella, en la hipoteca. Si la prenda se considera de este último modo, nacen de allí acciones reales. Si como contrato, nace accion personal; y asi vamos á tratar de ella.

---

(1) L. 5. tit. 3. P. 5.
(†) L. 10. tit. 3. P. 5.
(2) Dicha ley 5. tit. 3. P. 5. * L. 10. cit. y L. 27. tit. 14. P. 5.
(3) L. 6. del mismo tit.

789. Para la seguridad de las obligaciones que contraen los hombres entre sì se inventó un contrato, por el cual el que quiere asegurar los intereses de otro obliga á su responsabilidad, ó todos, ó una parte de sus bienes. Estos, segun ya hemos esplicado en otra parte (1), ó son raices ó muebles y semovientes, ó incorporales como derechos y acciones. Cuando estos bienes se entregan al acreedor para su seguridad, se llama *prenda*; y cuando solo se gravan al cumplimiento de alguna obligacion, se llama *hipoteca;* y aunque ambas convienen en que quedan ligados y sujetos los bienes á la obligacion constituida, se diferencian en que la prenda se entrega al acreedor, y la hipoteca permanece en poder del deudor. Trataremos primeramente de la prenda, y luego de la hipoteca.

790. La prenda es *un contrato real por el cual la cosa se entrega por el deudor á su acreedor para seguridad de la deuda, con la condicion de que pagada ésta se le restituya su misma cosa en especie* (2).

791. Esta definicion se aclararà con los axiomas siguientes: 1.° *Se pueden dar en prenda todas aquellas cosas que prestan seguridad*: *producen este efecto todas las que tienen precio* (3). De donde se infiere claramente que las cosas sagradas, y demas que estan fuera del comercio, no pueden ser dadas en prenda (4). 2.° *En este contrato solo se transfiere la posesion natural ó la nuda detencion de la cosa* (5). 3.° *Ambos contrayentes son utilizados en este contrato*: *el acreedor porque asegura su deuda, y el deudor porque halla quien le dè lo que ha menester.* (6).

792. Del primer axioma se infiere que todas las cosas, asi corporales como incorporales, pueden ser dadas en

(1) Tit. 2. lib. 2.

(2) L. 1. tit. 13. P. 5.

(3) L. 2. tít. 13. P. 5.

(4) LL. 3. tit. 13. P. 5., y 10. tit. 2. lib. 1. Rec.

(5) Arg. de la ley 20. tit. 13. P. 5. v. E para esto ser bien guardado.

(6) Dicha ley 20.

prenda, con tal que esten en el comercio (1) y el que las dé tenga derecho de enagenarlas (2); ó si la cosa es agena la dé en prenda con consentimiento espreso ò tácito de su dueño, ò que ã lo menos haya ratihabicion (3).

793. Del segundo se infiere, que el acreedor no puede usar de la prenda, sino es con consentimiento del deudor (4), ó si interviene pacto de que el acreedor use de la prenda en lugar de las usuras, á que llaman *antichresis*. Pero este pacto trae bastante molestia al acreedor, porque queda obligado à dar cuentas de los frutos y utilidades percibidas, y á restituir todo lo que esceda de las usuras legìtimas; de otra suerte no será lícito, por usurario. Del mismo axioma sale la distincion entre la prenda y la hipoteca, que ya hemos insinuado.

794. Finalmente, del tercer axioma sale una conclusion solamente, esta es, que ambos contrayentes estan mútuamente obligados á la culpa leve (5); y asi, si la cosa se perdiere ò empeorare por culpa levísima del depositario, ó por caso fortuito, no estarà obligado á resarcir el daño.

795. Las acciones que nacen de este contrato son dos: una se llama *pignoraticia* directa, y la otra contraria. La primera se dá al deudor, pero hasta que pagáre la deuda (6): la segunda se dá al acreedor, restituida la prenda. Con la directa se pide la prenda, y todos los daños causados á ella por dolo, culpa lata ò leve del acreedor; y con la contraria se indemniza el acreedor de todos los gastos ó menoscabos que haya tenido en la conservacion y guarda de la prenda (7).

(1) L. 2. tit. 13. P. 5.
(2) L. 7. tit 13. P. 5.
(3) L. 9. dicho tit. y P.
(4) L. 20. del propio tit. y P.
(5) L. 20. tit. 5. P. 5.
(6) L. 21. tit. 13. P. 5.
(7) La misma ley 21., dicho tit. y P.

APENDICE.

DE LA HIPOTECA.

796. La hipoteca, segun hemos dicho, es *un pacto por el cual el deudor obliga sus bienes al acreedor para seguridad y cumplimiento de algun contrato.* Se divide primeramente en universal ó general, y en particular ó especial. La primera es aquella en que no solo se incluyen los bienes que el deudor tiene al tiempo que celebra el contrato, sino tambien los que adquiere despues; pero por la obligacion á que quedan afectos no se impide su enagenacion. La segunda es aquella por la cual alguno ó algunos bienes se ligan espresa y determinadamente, y siempre estan sujetos á la responsabilidad del dèbito y obligacion contraida, aunque pasen á tercer poseedor, hasta que se estinga (1).

* 797. La hipoteca especial para ser válida ha de registrarse en el oficio de hipotecas á los seis dias si el otorgamiento fuese en la ciudad, ó pueblo donde estuviere la oficina de hipotecas, y dentro de un mes si fuere en parage del partido; y si se otorgare fuera del partido distante del lugar del otorgamiento mas de cien leguas, á mas del mes se cuenta el tiempo correspondiente à razon de cuatro leguas por dia (2).

798. La hipoteca, ya sea general ó especial, se divide tambien en otras cuatro maneras. La primera es convencional espresa, y se llama asi porque se hace por palabras y convenio del deudor, que á instancias del acreedor, pero voluntariamente, obliga sus bienes á la satisfaccion de la deuda y cumplimiento del contrato. La segunda es la legal ó tácita, y se verifica cuando, aunque el deudor no obligue sus bienes espresamente, quedan tácitamente hipotecados

(1) LL. 1, y 5. tit. 13. P. 5.
(2) Auto Acordado 21. tit. 9. lib. 3.°

por ministerio y disposicion de la ley, de lo cual daremos despues los principales casos. La tercera se llama pretoria, y es cuando el juez por contumacia del reo entrega sus bienes á su acreedor para que se reintegre de su débito, como se hace en el asentamiento (a). La cuarta es la judicial, y se da cuando por deuda se hace egecucion en los bienes del deudor (1).

799. Entre las hipotecas que hemos esplicado se encuentra bastante diferencia. Cuando la hipoteca es espresa ó tácita, desde que es constituida quedan obligados los bienes del deudor al acreedor, aunque no haya posesion ó tradicion de ellos; mas cuando es pretoria ò judicial, hasta que la haya, ò se entreguen, ó se haga la egecucion en ellos, no quedan obligados; y asi antes de esto, y despues de mandados entregar por el juez, el deudor los puede obligar é hipotecar á otro, pero será preferido aquel á quien el juez los mandó entregar (2). Se diferencian entre si la hipoteca pretoria y la judicial en que en la pretoria, siendo uno de los acreedores metido en posesion de los bienes, por esto mismo lo son los demas, y asi todos tienen igual antelacion ó preferencia. Mas siendo la hipoteca judicial, el primero que es metido en posesion de los bienes, ó que ejecuta en ellos, se prefiere á los demas que no lo han hecho.

800. Viendo ya que cosa es hipoteca, y como se divide, resta esplicar que bienes se entienden hipotecados en la general, (*) y quienes son los que la tienen tâcita. En la

---

(a) Asentamiento se llama la posesion ó tenencia que da el juez al demandador de algunos bienes del demandado por la rebeldìa de este para comparecer ó para responder á la demanda. Véase el tit. 8. de la partida 3., y el tit. 11. lib. 4. de la Rec.

(1) LL. 1. y 23. tit. 13. P. 5., y 1. tit. 8. P. 3., y 2. y 3. tit. 11. lib. 4. Rec.

(2) Curia Filip., lib. 2. Comerc. terr., cap. 3. n. 35.

(*) Nos inclinamos á creer qne hoy dia son de ningun efecto las hipotecas generales, que no sean las de ley ó tácitas. La Real cèdula para Indias de 25 de Setiembre de 1802 comunícada á la Audiencia de este pueblo, fue dada entre otros objetos con el de que

hipoteca general y obligacion de todos los bienes no solo se comprenden los presentes que el deudor tenia al tiempo del contrato, sino tambien los futuros, y son los que despues de èl adquiriere, aunque no se esprese (1), como tambien las deudas, derechos y acciones que tuviere á su favor; pero si la obligacion se hiciese espresando que se hipotecaban los bienes muebles y raices, sin hacer mencion de las deudas &c., no se comprenderian en dicha obligacion, por ser en cierto modo tercera especie de bienes, que no comprende el nombre de muebles y raices (2) (a).

801. Mas no vienen en la obligacion general de los bienes el siervo ó sierva que tuviere señaladamente el deudor para servirle y guardarle, ni la cama y vestido ordinario, y otras cosas de su casa necesarias al uso cotidiano, ni las armas, ni los libros, ni las prohibidas de enagenar (3).

802. Los que tienen tàcita hipoteca en los bienes de otros, son los siguientes. El fisco Real en la cosa que se ven-

no se registrasen las hipotecas generales. Por los artículos 20 y 21 se manda, que las escrituras de hipotecas sin preceder la circunstancia de su registro, no hagan fé en juicio para el efecto de perseguir los bienes gravados; y luego dispone asi el artículo 22 . . . . . *Solo se registrarã y tomará razon de las escrituras é instrumentos en que haya hipoteca espresa, especial y señalada de bienes raices ó tenidos por tales, y no de las escrituras en que se hipotequen generalmente bienes raices, los tenidos por tales, muebles, semovientes, sueldo, ó salario en general, persona ó cualquiera otra cosa; pena al escribano anotador que registre ó tome la razon de instrumentos de hipotecas generales de 25 pesos por cada una.* De donde legitimamente se concluye, que no pueden perseguirse como hipotecados los bienes obligados en una escritura de hipoteca general. Esto tambien es conforme al espíritu que dictò la creacion de los registros de hipotecas, porque pocos ó ningunos males se habrian evitado si se permitiese un gravamen general de bienes, sin registrar la obligacion.

(1) L. 5. tit. 13. P. 5.

(2) Curia Filip., cap. 3. ya citado n. 6.

(a) Empeñandose ó hipotecàndose el título ó escritura de la cosa se tiene esta en derecho por empeñada ó hipotecada, aunque no se esprese. L. 14. tit. 13. P. 5.

(3) L. 5. tit. 13. P. 5.

de, ó que pasa de unas partes á otras por la alcabala y derechos Reales que por razon de ellos le son debidos (1); y no solo en la cosa vendida, sino tambien en todos los demas bienes del deudor, ahora sea el tributo, ó derecho Real, ò personal (2). Asimismo tiene tácita hipoteca el fisco en los bienes de los que contratan con él; ó cobran y arriendan los derechos reales, ó administran sus cosas desde el dia del contrato, ó desde el en que tomaron la administracion, pero no en los bienes de las mugeres de ellos, ni en su dote (3).

803. La iglesia tiene tàcita hipoteca por los diezmos en las cosas de que se deben (4), y tambien en los bienes de su administrador por la administracion de sus cosas desde que la empezó á usar; mas no en los bienes de los que contraen (5). La tienen tambien los hospitales en los bienes de sus administradores desde que comenzaren á administrar sus rentas.

804. El menor de edad y sus herederos por razon de sus bienes tienen tácita hipoteca en los de su tutor, curador y sus fiadores y herederos, y personas que por ellos administraren la tutela; (6) y tiene lugar aun en los bienes dotales de la madre ó abuela tutora, y en los del tutor y curador *ad litem*, mas no en los bienes del procurador ò actor, ni en los bienes del magistrado que nombró el curador. Ni en los bienes del menor tiene tàcita hipoteca el curador por los alimentos y otras espensas necesarias que haga.

805. Si la muger viuda, siendo tutora ó curadora de sus hijos, se casare otra vez, desde entonces los bienes de ella y los de aquel con quien casare quedan obligados tácitamente á sus hijos por los suyos, hasta que se les dé tutor ò curador,

(1) L. 8. tit. 18. lib. 9. Rec.
(2) L. 25. tit. 13. P. 5.
(3) LL. 23 y 25. tit. 13. P. 5.
(4) L. 26. tit. 20. P. 1.
(5) Coria Filip., cap. 9. ya citado. n. 21
(6) L. 23. tit. 13. P. 5.

rindiendo cuentas de la administracion (1); y asi, para evadirse de esta obligacion el segundo marido, antes de casarse haga que se les dè curador, y se les rinda cuenta con pago de sus bienes.

806. Tambien tienen tácita hipoteca el marido por la dote que le es prometida con la muger en los bienes del que la promete desde que hace la promesa, y la misma tiene la muger por su dote en los bienes del marido desde que la recibe (2), y lo mismo es por los bienes parafernales que fuera de la dote recibe de ella (3). Igualmente tiene tácita hipoteca la muger en los bienes del marido por las arras y donacion *propter nuptias* desde que se constituyen.

807. Muriendo el marido ò la muger si el que de los dos queda vivo se vuelve á casar, desde entonces sus bienes quedan obligados tácitamente á los hijos del primer matrimonio por los bienes que conforme á derecho debe reservarles (4).

808. El legatario por el legado ó manda que le es dejado tiene tácita hipoteca en los bienes del que recibe la herencia, y asimismo la tiene el que da à alguno cantidad para faccion, armazon ò refaccion de nave casa ú otro edificio, convirtiéndose en esto, y constando de ello (5).

809. Finalmente, tiene tácita hipoteca la deuda que procede de alquiler de casa ò daño hecho en ella, en los bienes del alquilador (6).

---

(1) L. 26. tit. 13. P. 5.
(2) L. 23. tit. 13. P. 5.
(3) L. 17. tit. 11. P. 4.
(4) L. 26. tit. 13. P. 5.
(5) La misma ley 26.
(6) L. 5. tit. 8. P. 5.



TÍTULO XVI.

DE LAS PROMESAS U OBLIGACIONES DE PALABRAS.

810. Aunque por derecho de los romanos las obligaciones de palabras no se podian contraer de otra suerte que mediante estipulacion, la cual era un contrato verbal que debia estar acompañado de varias solemnidades, como eran, pregunta y respuesta cóngrua, presencia de los contrayentes, y otras aun mas escrupulosas, nuestro derecho ha simplificado estos contratos, estableciendo que no haya diferencia entre pacto, promesa ó estipulacion, y que derivándose semejantes obligaciones y tomando su fuerza del consentimiento de las partes, quede siempre obligado á cumplir lo que prometiò cualquiera que parezca que quiso obligarse, sin que pueda oponerse que no intervino estipulacion, ó que la promesa se hizo entre ausentes ó sin autoridad de escribano. (1).

811. Es, pues, el pacto ó promesa *un contrato, por el cual una persona promete â otra que le ha de dar ò hacer alguna cosa, en que convienen con intencion de obligarse* (2). Para que el promitente quede obligado al cumplimiento de lo que ofrece, aun atendido nuestro derecho, se requiere que prometa asertiva y no ambiguamente, y que se nombre con claridad lo que se promete dar ó hacer, de suerte que quede perfecta la obligacion por medio de las palabras. Con estas condiciones quedarà obligado eficazmente ã cumplir lo pactado, pues de lo contrario será simple dicho ó mera conversacion, la que no induce obligacion por faltar la voluntad de obligarse (a).

---

(1) L. 2. tit. 16. lib. 5. de la Rec., que corrige y deroga la 2. tit. 11. P. 5.

(2) L 1 tit. 11. P. 5.

(a) No obstante lo dicho, es corriente que para que uno quede obligado no se requieren palabras formales y espresas de promesa, sino que basta que sean equivalentes, y que parezca que

812. Segun lo dicho puede hacerse la promesa estando presente promitente y aceptante, aunque no hablen un mismo idioma, con tal que se entiendan; y si no estan presentes, con tal que el promitente se obligue por carta firmada ó por mensagero cierto; y siempre valdrá aunque sea por deuda agena, y estarà obligado à pagarla (1).

813. Las promesas pueden hacerse puramente, bajo de condicion, ó â dia cierto; la cual division es clara, segun lo ya esplicado en el titulo de los legados y de las instituciones de herederos (2).

814. Veamos ahora los axiomas que nacen de esta diversidad de promesas. 1.° *Cuando se promete puramente, se debe y se puede pedir lo prometido luego al punto; pero si la promesa se hiciere bajo de condicion, no se podrá pedir, ni habrá obligacion de pagar hasta que se cumpla la condicion puesta* (3). La razon es clara, porque la condicion suspende el cumplimiento de lo pactado hasta cierto evento, y así donde no hay condicion tampoco se puede suspender el efecto de la promesa. Con todo, la primera parte del axioma se debe entender civilmente, y asi queda al arbitrio del juez señalar hasta cuando podrà cumplir su promesa el que la hizo puramente, pues la razon dicta que se le debe dar algun tiempo para que busque la cosa que ha de entregar (4).

815. 2.° *La condicion imposible vicia la estipulacion* (5). La razon ya la hemos dado en otra parte, porque el que consiente en semejante condicion, ó està loco, ó se burla.

---

quiso obligarse; y asi aun la ley 2. tit. 11. P. 5., que maneja este contrato segun la escrupulosidad de los romanos, afirma: que si uno siendo preguntado si quiere dar ó hacer alguna cosa, responde, *¿por qué no,?* queda obligado como si dijese : *prometo.*

(1) LL. 1. 2. y 3. tit. 11. P. 5., y 2. tit. 16. lib. 5. Rec.

(2) L. 12. tit. 11. P. 5.

(3) L. 12. v. la tercera manera de promision, y ley 14. del mismo titulo.

(4) L. 13. al princ., tit. 11. P.5.

(5) Véase á Gregorio Lopez en la ley 17. tit. 11. P. 5. v. *Si non tangeres* n. 2.

816. 3.º *Si la condicion imposible fuere negativa, v. gr., te prometo cien pesos si no tocares el cielo con la mano, la promesa se resuelve en pura, y se debe cumplir como tal* (1). La razon es, porque semejante condicion es imaginaria, pues atendido lo que naturalmente sucede, ningun hombre puede llegar al cielo con la mano, y asi es lo mismo que si se hubiese prometido sin condicion.

817. 4.º *Cuando se promete á dia cierto, ni se debe ni se puede pedir lo prometido hasta que llegue el dia señalado* (2). Este dia se entiende cierto y señalado al fin de cada año, cuando se promete dar ó hacer alguna cosa *cada año*; y se deberá cumplir al principio del año, cuando se prometió darla ò hacerla todos los años de su vida (3)

818. 5.º *El dia incierto, del cual no se sabe si llegará, equivale á condicion.* La razon es, porque del mismo modo se suspende la cosa por este evento incierto, que si se hubiera prometido bajo de condicion, y así ninguna diferencia hay si yo digo á otro: te dàré cien pesos el dia que te hagan presidente, que si dijese: te daré cien pesos si te hicieren presidente.

819. 6.º *La condicion negativa suspende el efecto de la promesa hasta la muerte;* v. gr., si yo dijere à Ticio te daré cien pesos si no contrageres matrimonio: en este caso nada recibirà mientras viva, porque hasta su muerte no se verifica que nunca contrajo matrimonio. En los legados se procede de otra suerte, en virtud de la caucion Muciana; pero esta no tiene lugar en los contratos.

820. 7.º *En la promesa condicional se transmite la esperanza á los herederos* (4); y así si se me ha prometido dar ò hacer alguna cosa, si tal nave fuere de la Havana a Cádiz, y muero antes que se cumpla esta condicion, mis

(1) L. 17. tit. 11. P. 5.
(2) LL. 14. y 17. tit. 11. P. 5.
(3) L. 15. del mismo tit.
(4) L. 14. tit. 11. P. 5.

herederos, si se cumpliere, la podrán pedir (1). Al contrario sucede en los legados, porque el legatario antes de la muerte del testador no tiene derecho adquirido que pueda transmitir á los herederos; mas el estipulante lo tiene fundado en el consentimiento.

821. De cualquiera cosa que uno tenga suya y haya costumbre de enagenarse, ya sea mueble ô raiz, nacida ó por nacer, se puede hacer promesa vàlidamente. Respecto de lo no nacido, es preciso que se espere que haya de nacer, pues de lo contrario no será vâlida, sino es que el no nacer provenga de culpa del promitente (2).

822. Para que la promesa sea vàlida la ha de hacer el promitente de su libre y espontánea voluntad, sin que incluya vicio de usura, ni por otra parte sea contra derecho, ò buenas costumbres, porque si lo fuere, ó interviene dolo, fuerza, miedo grave ú obligacion de pagar el promitente mas de lo que recibe, no valdrá aunque en ella interponga pena ò juramento (3). Mas si el promitente practìca voluntariamente lo que ofreció, no puede alegar que intervino miedo, fuerza ni engaño para hacerlo, antes bien por el mismo hecho pierde la accion que á ello tenia (4).

823. Siempre que se hacen promesas ó pactos, puede ponerse por los contrayentes alguna pena para que mas ciertamente se cumplan. Esta pena puede ser, ò convencional, ò judicial. Convencional se llama la que se pone á arbitrio de las partes, y debe satisfacerse sino se cumple la promesa al tiempo que se señaló, y en caso de no haberse señalado, habiendo pasado todo aquel que se juzgue suficiente para que el promitente pudiese cumplir si quisiere;

(1) Dicha ley 14.
(2) L. 20. tit. 11. P. 5.
(3) LL. 28. y 31. tit. 11. P. 5., 1. tit. 10., y 7. tit. 33. P. 7., y 2. tit. 16. lib. 5. de la R.
(4) L. 28. tit. 11. P. 5.

pero en estos casos queda á arbitrio del acreedor, ò exigir la pena, ó el cumplimiento de la promesa (1). La pena judicial es la que se impone sobre promesa hecha en juicio; v, gr., cuando uno fia á otro ante el juez que estará á derecho con su contrario, ó que le hará comparecer en juicio bajo de cierta pena (2).

824. Aunque la promesa no valga se debe pagar la pena impuesta segun derecho (3), sino es que la nulidad de la promesa ó su defecto de valor provenga de ser hecha contra ley ò buenas costumbres (4), ó sobre matrimonio (5), ó por ser usuraria (6), ó por ser hecha por miedo, fuerza ó engaño (7).

---

(1) L. 35. tit. 11. P. 5.
(2) L. 36. tit. 11. P. 5.
(3) L. 38. al principio, tit. 11. P. 5.
(4) Dicha ley 38.
(5) L. 39.
(6) L. 40. tit. 11. P. 5.
(7) L. 28. dicho tit. y P.

TÍTULO XVII.

DE LA OBLIGACION CORREAL.

825. No solo uno, sino tambien muchos pueden recibir promesas hechas á su favor, ò hacerlas ellos á otros: de suerte que hay casos en que dos ó mas prometen à uno, ò este uno promete à dos ò mas, y esta es la que llamamos obligacion correal.

826. Esta materia, que parece bastante oscura se hará clara si atendemos à una regla, y consiguientemente á su escepcion.

827. La regla es esta: *cuando dos ó mas personas se obligan, cada una queda obligada â prorata; y si se promete á dos ó mas, á cada uno se le debe â prorata* (1); v. gr., si Ticio y yo prometimos cien pesos, cada uno debemos cincuenta; y si à Ticio y á mi se nos promete la misma cantidad, á cada uno se nos deben cincuenta. Es decir, que la obligacion hecha á muchos, ó hecha por muchos, se tiene por dividida (2).

828. De esta regla se esceptua la obligacion correal; y asi, si dos prometen la misma cosa á uno ò á muchos de tal suerte que cada uno consienta en quedar obligado por el todo, será legítima la obligacion, y se llamaràn *correos de prometer.* Del mismo modo, si se promete à muchos à un tiempo una misma cosa, de tal suerte que el promitente se obligue á cada uno por el todo, valdrã tambien su obligacion, y se llamaràn *correos de estipular* (3).

829. Veamos ahora los efectos que produce semejante obligacion. El 1.º es, que cada uno de los correos queda obligado por toda la cantidad prometida, de suerte que no tiene necesidad el acreedor de reconvenirlos á todos, sino que tiene arbitrio para dirigir su accion contra cualquiera de

(1) L. 1. en el princ., tit. 16. lib. 5. R., y ley 10. tit. 12. P. 5.

(2) Dichas leyes.

(3) L. 1. en el medio, tit. 16. lib. 5. R.

ellos, y hacer que le pague toda la cantidad (1). El 2.º efecto es, que pagando el uno de ellos se libran los demas, aunque cada uno deba el todo (2). La razon es porque habiendo conseguido el acreedor todo lo que se le debia, no tiene ya accion para recobrar otra cosa. 3.º Que semejantes correos no gozan del beneficio de division, aun cuando no le hayan renunciado espresamente, ni las leyes que favorecen à los deudores (3).

(1) Dicha ley 1. tit. 16. lib. 5. R.

(2) L. 8. tit. 12. P. 5.

(3) L. 1. tit. 16. lib. 5. R.

TÍTULO XVIII.

DE LAS PROMESAS DE LOS SIERVOS.

830. En este tìtulo no se trata cosa que no se haya esplicado ya en otra parte. Por derecho de Partidas todo lo que el siervo adquiria de cualquier manera que fuese, lo adquiria para su señor como una accesion ó aumento de su cosa, en cuya clase se contaban los siervos por derecho civil (1).

TÍTULO XIX.

DE LA DIVISION DE LAS ESTIPULACIONES.

831. A este título nada corresponde por nuestro derecho, y lo que se le podia sustituir está ya esplicado en los títulos anteriores, ó se esplicará en el siguiente. Hemos dividido ya las promesas en puras, á dia cierto, ó bajo de condicion: estas ô son válidas, de las que hemos tratado, ò inùtiles, las que veremos luego.

(1) L. 7. tit. 21. P. 4. * L. 7. tit. 11. P. 5. L. 3. tit. 29. P. 3. L. 3. tit. 30. P. 3. L. 13, tit. 6. P. 6. y L. 23. tit. 31. P. 3.

TÍTULO XX.

DE LAS PROMESAS INUTILES.

832. Las promesas ó pactos serán inútiles ó carecerán de efecto por tres causas: 1. Por las personas de los contrayentes, si estas no se pueden obligar: 2.ª Por razon de las cosas acerca de las cuales se versa la promesa ó pacto, como si estas, v. gr., están fuera del comercio, ó no están sujetas á la disposicion de los contrayentes. 3.ª Por el modo ó forma del pacto.

833. Por razon de las personas entre quienes se pacta ó se hace la promesa sirva de regla el axioma siguiente: *todos aquellos que no pueden consentir son incapaces de pactar ó prometer.* De aqui se infiere: 1.º Que no vale la promesa hecha por los infantes, furiosos, locos ò mentecatos, ni por los sordos y mudos juntamente (1), todos los cuales ni pueden hacer promesas, ni recibirlas de otros por falta de consentimiento. 2.º Los pupilos mayores de siete años pueden aceptar promesas sin autoridad del tutor ó curador, pero no prometer (2). La razon es, porque cuando prometen se obligan, y asi hacen peor su condicion. Por el contrario, cuando aceptan promesas obligan á otros, por lo cual hacen mejor su condicion. 3.º Tampoco vale la promesa hecha por el pròdigo á quien se ha prohibido la administracion de sus bienes, por estar equiparado en derecho al furioso (3). Finalmente, no vale pacto alguno celebrado por la muger casada sin licencia de su marido, ó del juez por su falta ó renuencia, ni entre padre è hijo, à no ser que se haga de los bienes castrenses ó cuasi castrenses (4).

834. Por razon de las cosas no es válida la promesa cuan-

(1) L. 4. tit. 11. P. 5.
(2) L. 4. tit. 11. P. 5.
(3) L. 5. tit. 11. P. 5.
(4) LL. 2. 3. 4. y 5, tit. 3. lib. 5. Rec., y 6, tit. 11. P. 5.

do se hace: 1.° De todo aquello que no está en el comercio, v. gr., los templos, las plazas públicas &c. 2.° Cuando es cosa que ni existe ni puede existir; pero si se prometen los frutos de una heredad que estan todavia por nacer, es vàlida la promesa (1). 3.° La cosa que es ya nuestra inutilmente se nos prometerá, pues ya no se nos puede dar ni hacerse mas nuestra. 4.° Es inútil la promesa de cosa torpe, ó contra ley ó buenas costumbres, ò de otra manera imposible (2). 5.° Por lo que hace á la promesa de hecho ageno, valdrà segun parezca que quiso obligarse el promitente, esto es, á dar ò hacer en defecto de otro, ò solamente á procurar que el otro dé ó haga (3).

835. Por razon del modo de contraerse la obligacion, no tenièndose consideracion por nuestro derecho á otra cosa que á la voluntad de obligarse, valdrá aunque sea en favor de otros, ò entre ausentes, y aunque se responda por mayor ó menor cantidad de la que se pide; y solo serà inútil por la ambigüedad de las palabras, ó por otro motivo por el cual no parezca la voluntad de obligarse (4).

---

(1) L. 20. tit. 11. P. 5.
(2) L. 28.
(3) LL. 11. tit. 11. P. 5., y 2. tit. 16. lib. 5. R.
(4) L. 2. tit. 11. P. 5.

*APENDICE.

DE LAS

OBLIGACIONES DIVIDUAS E INDIVIDUAS.

Vamos à tentar el reducir à principios fàciles y generales esta importante y dificil materia.

836. Otra division de las obligaciones es en dividuas è individuas.

837. Las obligaciones consideradas abstractamente son indivisibles, como todos los demas seres intelectuales que figuran en la jurisprudencia. Cada una es un todo incorruptible, sin partes, incapaz de aumento ó disminucion, que siempre tal cual es, existe, ò no existe. Pero en el derecho se consideran por lo que importan, por lo que en ellas se contiene, y toman de aqui su caràcter y su nombre. Asì es que cuando llamamos dividua á una obligacion, no es en el sentido de que la obligacion pueda en sì misma dividirse, y resultar que uno pueda *ser mas ó menos obligado*, sino porque uno puede obligarse *à mas*, *ó â menos*, es decir: á una cosa ô á una parte de ella. Este es el fundamento de la primera regla que establecemos en esta materia, á saber: *que las obligaciones son dividuas ó individuas segun lo sean las cosas á que se refieren* (1).

838. Dos son en el derecho los modos de dividir las cosas. El primero consiste en la separacion material de las partes de un cuerpo, ó de un compuesto cualquiera. Asi por ejemplo, se divide un terreno entre dos herederos, tomando cada uno la mitad discreta de las tierras. Por medio de esta division serian divisibles todos los objetos materiales que pueden venir en las obligaciones, porque todos los cuerpos admiten la descomposicion de sus partes; pero como la division en la jurisprudencia no tiende á re-

(1) L. 72. Dig. de verb. oblig.

partir entre muchos las diversas fracciones de un todo, sino á comunicarles los servicios que es capaz de prestar, y como por la division material de una cosa muchas veces se destruye ó disminuye su utilidad, el derecho no la permite en aquellos objetos que por la alteracion de su forma se hacen menos productivos (1).

839. Pero las leyes, para quitar las trabas que la indivisibilidad pondria al comercio de los hombres, introdujeron, ó mas bien aprobaron otro modo de dividir, por el que se hicieron divisibles aquellas cosas que no lo eran por la division material (2) Este segundo modo de dividir es el que se llama *division civil*, *ó pro indiviso*, el cual consiste *en la separacion intelectual ó aritmêtica de las partes que componen un cuerpo.* Usando de este modo de dividir, se evita el inconveniente de hacer con la division menos ùtiles y productivos los cuerpos, porque el consiste en una operacion intelectual que no produce respecto á las cosas sino efectos morales. Considerada una nave dividida por ejemplo, en dos partes, el único resultado de esta particion ideal es que las personas á quienes se adjudique, gozen de toda ella en comun, y tengan derecho por mitad á sus servicios y productos. Este modo de dividir tiene la desventaja de producir la comunidad que siempre es odiosa, y por esto es que solo se usa de él cuando no es aplicable la division material. Tenemos, pues, dos clases de division: la division civil y la division material, y podremos decir entonces, que *son indivisibles las cosas que no admiten ninguna de las divisiones dichas, y divisibles las que admiten ambas, ó alguna de ellas.*

840. Como la indivisibilidad proviene necesariamente ó de que la cosa por su naturaleza misma no admita ningun género de division; ô de que aunque pueda dividirse las leyes no lo permitan, habrá por lo tanto dos clases diferen-

(1) LL. 2. tit. 3. lib. 3. Fuero Real, 10. tit. 15. P. 6. y 2. tit. 11. P 6. v. Mas si fuese cosa.

(2) LL. citadas.

tes de obligaciones indivisibles. *Unas que lo son por su naturaleza, y otras por derecho.*

ARTÍCULO I.°

DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES POR SU NATURALEZA.

841. *Las obligaciones* son *de dar ó de hacer* (1). Para aplicar à cada clase los principios que rigen en esta materia, es necesario fijar antes la diferencia que hay entre ellas. Las obligaciones de *dar* contienen la prestacion de un hecho juntamente con la translacion de un derecho, como el dominio, la posesion &c. Las de *hacer* solo importan un hecho, v. gr., hacer una casa, llevar una carta &c. El que da, hace al mismo tiempo; pero el que hace, no da (2). Espliquemos ahora la materia.

842. *Las obligaciones de dar son divisibles por su naturaleza*, porque todas las cosas que se pueden dar, ya sean en especie, en cantidad, en gènero ó alternativamente, admiten ò la division material ó la division civil.

843. Primeramente: *son divisibles las especies.* Las muebles ó semovientes jamás admiten la division material, porque en todas ellas no es la materia la que principalmente importa á los hombres, sino la utilidad que las diferentes formas le dan, y por la cual sirven para un uso determinado; y esta se destruye con la separacion de las partes de un cuerpo: asi sucederia dividiendo un relox materialmente. Aun cuando en una obligacion vengan muchas especies conjuntamente, *tampoco admiten la division material;* pues sin embargo de que no se destruirian por separarse unas de otras, no tienen entre sí una igualdad perfecta, y por tanto no se haria una justa division distribuyéndolas entre varios acreedores. Asi es que si uno debiese â dos personas los siervos Pedro

(1) Instit. § 7. de verb. oblig. y vease á Mynsingerio sobre dicho §.

(2) Pichardo. en el n 57 del apéndice sobre esta materia que ha puesto en sus comentarios á las Instituciones al tit. de offic. judic. Vinio al § 7. inst. de verb. oblig. n. 3.

y Juan conjuntamente, cada acreedor tendria derecho á la mitad de los dos, y no á un siervo solo (1). Esto no se opone á la divisibilidad de las especies muebles ò semovientes, pues aunque no admitan la division material, admiten la civil, (2) ya vengan una ò muchas en la obligacion; porque al mismo tiempo que las divide en partes perfectamente iguales, no altera esta division su forma, ni la utilidad que son capaces de prestar. De las especies inmuebles debe decirse lo mismo; y aun estas admiten muchas veces la division material, pues que hay casos en que no se menoscaba, por ejemplo un campo, una casa, porque se le divida en partes discretas (3).

844. 2.° *Las cantidades pueden dividirse materialmente en las unidades que contengan*, pues estas son entre si perfectamente iguales, y separadas unas de otras conservan todo su valor. Mas si las unidades que contiene la cantidad no son exactamente partibles entre el número de acreedores ó deudores, el residuo admite la division civil.

845. 3.° Como las obligaciones genéricas y las alternativas se resuelven al fin en la de dar una especie ó una cantidad, *son igualmente divisibles*. Hablamos de las alternativas *de dar*, porque las *de dar ó de hacer* solo serán divisibles si el deudor elige dar, ó si el hecho es tambien divisible con arreglo á los principios que despues sentaremos. No se opone á la divisibilidad de las obligaciones genèricas ó alternativas el que sean individuas en la liberacion, como luego se verá, pues esto no proviene de su naturaleza, sino de la voluntad presunta de los contrayentes, (4) los que pueden tambien disponer lo contrario.

846. Pasemos à las obligaciones de hacer. *Estas son dividuas ó individuas segun sean los hechos que comprendan.* Los hechos que pueden venir en las obligaciones son de dos clases: unos simples que consisten en un solo acto, y

---

(1) L. 29. Dig. de solut.

(2) L. 10. tit. 15. P. 6. y L. 2. tit. 11. P. 6.

(3) L. 10. tit. 15. P. 6.

(4) Vèase á Mynsingerio lug. cit.

que es imposible comenzar sin concluirlos; y otros que envuelven bajo un solo nombre muchos hechos. Los primeros *son individuos*, porque segun la naturaleza es imposible dividir un hecho simple, por ejemplo el de salir del pais. Si Ticio se obliga á salir del pais, es imposible que cumpla à medias, ó por parte esta obligacion; pues aunque se ponga en el límite mismo del territorio no habrá llenado en parte alguna su compromiso; mientras que una sola linea que se separe de él hácia fuera, quedará enteramente ejecutado el hecho prometido. Por el contrario, las obligaciones que contienen muchos hechos, *son dividuas*, porque no hay inconveniente alguno en ejecutar separadamente cada hecho (1). Si Ticio se obliga á no cobrar cien pesos que le deben, puede infringir y cumplir en parte su promesa, porque ella comprende muchos hechos de no cobrar uno, dos, tres, hasta ciento, y cada uno de ellos puede ejecutarse sin los otros (*).

847. Para aplicar exactamente estos principios es necesario no confundir los hechos simples con los compuestos. No deja de ser ùnico y simple un hecho prometido, porque sea preciso para su cumplimiento que antes se ejecuten otros hechos mas, pues en estos casos el hecho ùltimo es el único que da ser á lo estipulado, y los anteriores aunque sean indispensables, concurren solamente como medios. La obligacion por ejemplo de hacer un relox contiene un hecho simple y ùnico, sin embargo de que es imposible cumplir la obligacion sin ejecutar varios hechos; porque el hecho que viene en la obligacion es solamente el de hacer

(1) L. 4. § *Cato* Dig. de verb. oblig. Valencia illust. juris tract. 4. de individuis cap. 6. n. 2.

(*) Es preciso notar, que sucediendo à las obligaciones de hacer la de indemnizar al acreedor de los perjuicios que le causare el obligado por no haber hecho cuando debió hacer (L. 3. tit. 14. P. 5.), esta indemnizacion *es divisible*, y no pertenece ã ella lo que se ha dicho sobre los hechos. La indivisibilidad de los hechos se aplica á los casos en que el promisor quiere ejecutar el hecho prometido, ó es compelido á ello como puede serlo con arreglo à la L. 5. tit. 27. P. 3. v. E si la sentencia.

un relox, y este se ejecuta en aquel acto en que el fabricante da á diferentes materiales la forma de relox, de modo que antes de él no habia relox, y despues le hay. Esta esplicacion pertenece á todos los hechos que producen un sujeto, ó un efecto con una forma especial por la qué sirven para un uso determinado; y como esta clase de cosas no admiten division en partes discretas, segun lo que se ha dicho anteriormente (§ 843) debe tenerse por regla, que *son individuos aquellos hechos cuyos efectos no admiten division material* (1).

848. Estos principios se aplican tambien á las obligaciones *de entregar*. La promesa de entregar un libro, por ejemplo, *es individua*, porque contiene un solo hecho; mas la de entregar tres, *es dividua* porque comprende tres hechos distintos y separables. En el primer caso no hay medio entre entregar un libro ô no entregarle; pero en el segundo sí le hay; así es que si el obligado entregase uno solamente, ni habria cumplido toda su obligacion, ni habria faltado á toda ella. Debe tenerse presente que al considerar la entrega como un hecho en estos ejemplos, se habla de la entrega simple; porque la que no es propiamente tal, sino una dacion, es decir: si vá acompañada de la prestacion de algun derecho, la entrega será siempre divisible en aquella dacion que lleva consigo. Por ejemplo, los herederos de un comodatario que se hallan en el caso de restituir la especie comodada, que se ha perdido ò deteriorado por culpa de su instituyente, al devolverla deben todos repartirse el valor ò el desmérito de la cosa; aunque respecto à la entrega de ella solo estarà obligado el que la tuviere (2).

849. Lo mismo debe decirse de todas las obligaciones mistas de dar y de hacer. *En la dacion son dividuas, y en el hecho individuas.* Tal es la obligacion que alguno contra-

(1) Pichardo lug. cit. n. 184.—Valenc. lug. cit. n. 5. y sig.
(2) L. 5, tit. 2. P. 5.

jese, por ejemplo, de entregar una carta bajo la pena de cien pesos. El no podria ejecutar por partes el hecho; pero si no le hacia, bien podria dar por partes los cien pesos consintiéndolo el acreedor.

850. De la indivisibilidad de los hechos resulta, que *las servidumbres son tambien individuas:* porque siendo la servidumbre una cosa incorporal, solo admitiria division respecto de lo que contiene, como se ha dicho de los derechos. Pero como las servidumbres no contienen mas que la utilidad de servirse de un prédio ageno, ò de poder prohibir à su dueño el uso omnimodo de sus derechos: y esta utilidad no consiste en la adquisicion del dominio, ni de la posesion, sino en el simple hecho de usar ò de prohibir el uso, hecho que es indivisible por su naturaleza, resulta *que ni respecto de lo que contienen pueden dividirse las servidumbres* (1).

851. Por el contrario, como el usufructo comprende no solo el uso de la cosa sino tambien la adquisicion de los frutos, y estos admiten cómoda division, se deduce que *el usufructo es divisible* (2) y que es una escepcion de la regla que da la ley de que la servidumbre *non se puede partir* (3). Puede objetarse que el uso contiene tambien adquisicion de frutos y sin embargo es individuo; pero esto consiste en que los frutos que percibe el usuario, estando limitados á sus propias necesidades, se consumen desde que se

(1) Pichardo lug. cit. n. 147. Cujacio se explica asi: *Aliæ servitutes, sive sint hominum, sive prædiorum, sunt individuæ omnes: ¿Cur? quia in utendo consistunt, et usus sui natura individuus est: neque enim possum ullius rei parte uti, quin re tota utar, et ut dicebat Pomponius, usus ita connexus est, ut qui eum partiatur naturam ejus corrumpat: dum hanc legem una vobiscum studeo, non pro parte utor hoc libro, sed toto libro; at fructus capere possum pro parte. Frui pro parte possumus, uti pro parte non possumus; nam si vel minimam rem attigero utendi causa, totius rei usum usurpare videor.* (á la L. 5.ª Dig. de usufructu.)

(2) L. 5. tit. 23. P. 3. v. fueras ende si aquella servidumbre era usufructo.

(3) L. 9. tit. 31. P. 3.

usan, y nada queda que pueda dividirse ó comunicarse; no asi en el usufructo en que se perciben todos los frutos que da la cosa sin relacion á la persona del usufructuario. Por ejemplo, Ticio lega el uso de una vasta selva á tres parientes suyos para que corten la leña que necesiten. Cada uno de ellos no tendrá la tercera parte del uso de la selva, pues esto querria decir que solo podian satisfacer la tercera parte de sus necesidades, contra la naturaleza de esta servidumbre; sino un uso completo, que no es mayor ni menor que el que tendria cada uno usando solo de la selva. Asi es que en caso de morir dos de ellos, el que quedase no tendria ningun aumento en su uso; mientras que si fuera usufructuario, percibiria una triple cantidad de frutos (1).

852. Tambien es una escepcion de la regla general la servidumbre *oneris ferendi*, porque tiene la singularidad de que el dueño del prédio sirviente no solo está obligado á permitir la carga en su pared, sino á levantar y refaccionar esta á sus espensas (2); y como tales espensas sean divisibles, deben repartirse entre los dueños del prèdio sirviente, y à todos, no à uno solo, debe demandarse para la construccion y refaccion del muro. Es pues divisible esta servidumbre, no en el hecho principal, sino en el derecho que accesoriamente contiene (3).

853. No se opone á la indivisibilidad de las servidumbres el que si de un prédio se hacen dos distintos y separados, resulten tambien dos servidumbres (4): porque cada una de ellas no es una parte de la otra, sino tan íntegra y completa como cualquiera: del mismo modo que dividido un campo entre dos personas, resultan dos dueños, sin que pueda decirse que el dominio se ha dividido, pues el dominio de cada parte es igual al del todo.

---

(1) Vinio Select. quæst. lib. 1. cap. 28.

(2) Greg. Lopez á la ley 2. tit. 31. P. 3. L. 6. § *etiam*. Dig. si serv. vindic.

(3) Cujacio à la L. anterior al § *Si ædes*.

(4) L. 18. tit. 31. P. 3. v. Esto es.

854. Tampoco repugna á la indivisibilidad de las servidumbres el que puedan recibir restricciones en su constitucion acerca del modo ó sobre el tiempo en que deben usarse, pues estas modificaciones no tocan á su esencia y naturaleza. Por ellas no se divide, sino se constituye una servidumbre especial. En la de paso por ejemplo puede muy bien obligarse el dueño del prédio dominante á no pasar por la heredad vecina en tiempo de cosecha, ò à no ir sino por tal camino y hasta tal punto del fundo, remitiendo el derecho mas ámplio que tenia de usar sin restriccion del paso; pues semejantes pactos, aunque aumentan ò disminuyen la comodidad e importancia de la servidumbre, en nada alteran su esencia, que consiste únicamente en que el dueño del prédio *sufra algo*, sea mucho ò poco (1).

855. Conocidas ya las cosas indivisibles por su naturaleza, es necesario saber cuales son en el derecho los efectos de la indivisibilidad.

856. Primero. Las obligaciones por su naturaleza individuas son solidarias, es decir, puede exijirse su íntegro cumplimiento de cada uno de los deudores y por cualquiera de los acreedores, bien lo sean por contrato ó por sucesion. Asi es, que si el dueño de un prèdio le impone una servidumbre á favor del vecino, y ambos mueren dejando muchos herederos, cada uno de los sucesores del acreedor puede por sí solo demandar â cada uno de los del deudor toda la servidumbre (2) (*).

---

(1) Gomez. Varias cap. 10. n. 15. Valencia lug. cit. cap. 7. n. 29.

(2) L. 9. tit. 31. P. 3.

(*) Deben tenerse presentes sobre este efecto dos cosas, primera: que las obligaciones de hacer acaban muchas veces con la persona del obligado, v. gr., las de los jornaleros, artesanos &c. porque son enteramente personales. Segunda: que cuando se díce que en las obligaciones indivisibles puede ser reconvenido *in solidum* cada heredero, se habla ùnicamente de la ejecucion del hecho que contenga la obligacion, y no de las espensas que sean necesarias para tal ejecucion, pues estas deben dividirse *pro portione hæreditaria* entre los herederos. (L. hæred. 25. § *neutra* Dig. fam. ercisc.)

857. Segundo: las obligaciones sobre cosas indivisibles por su naturaleza no pueden remitirse sino por la concurrencia ò consentimiento de todos los acreedores, pues la quita que hiciese uno solo, no pudiendo ser por parte sino *in solidum*, perjudicaria à los demas (1). Por la misma razon no puede uno de los dueños de un prédio imponerle por sí solo una servidumbre, pues no podria hacerlo sin gravar á sus compañeros (2).

858. Tercero: prescripta una deuda indivisible por uno de los deudores contra uno de los acreedores, aprovecha á todos los primeros y perjudica á todos los segundos; del mismo modo que interrumpida la prescripcion por uno de los acreedores contra uno de los deudores, aprovecha á todos aquellos y perjudica á todos estos (3).

859. Cuarto: cuando en las obligaciones indivisibles por su naturaleza se ha estipulado una pena, la contravencion de uno solo de los obligados, sèa por sucesion ò por contrato, da lugar â la pena no solo contra el infractor, sino tambien contra todos à prorata. Por ejemplo, si alguno promete á Ticio dejarle pasar por su heredad bajo cierta pena, y uno de sus herederos le prohibe el paso sin la participacion y aun contra la voluntad de los otros, todos los herederos incurriràn en la pena segun sus porciones hereditarias; porque siendo indivisible el objeto de la obligacion, la infraccion de uno solo se estiende à toda la obligacion, y produce el efecto de que Ticio no pueda pasar, como si todos le hubiesen impedido el paso. Pero ellos tendrân derecho para exigir del contraventor de la obligacion, que les devuelva lo que hubiesen dado por su culpa (4). Por el contrario, si la obligacion es divisible, por ejemplo de no cobrar una deuda, y alguno de los obligados cobrare su porcion, entonces él

(1) L. 17. tit. 31. P. 3.

(2) L. 10. tit. cit.

(3) L. 18. del mismo. tit. y P. y véase à Merlin. Repertoire verb. *solidarité*.

(4) Pichardo. lug. cit. n. 214, y Merlin. verb. *Peine contractuelle*.

solo incurrirá en la correspondiente parte de la pena, porque el perjuicio que recibe el deudor, es solo en razon de lo que se le ha cobrado (1).

860. Quinto: puede ocurrir tambien que siendo á favor de muchos la obligacion constituida bajo de una pena, se quebrante respecto à uno solo; por ejemplo, Ticio se obligò á dejarme pasar por su quinta, bajo la pena de 100 pesos: yo he dejado cuatro herederos, y Ticio le ha impedido el paso á uno de ellos. En este caso se pregunta, ¿habrá lugar á toda la pena, y en provecho de todos los herederos? El jurisconsulto Paulo responde que asi debia ser segun la sutileza del derecho, pues que se trata de la ejecucion de una obligacion indivisible; pero añade que la equidad debe prevalecer en este caso al rigor de las leyes: que la pena no debe adjudicarse sino â aquel de los herederos que ha esperimentado la resistencia, y que no debe ser sino en proporcion de su haber hereditario (2). La resolucion del jurisconsulto romano ha sido en todas sus partes adoptada por nuestras leyes (3).

861. Sesto: las obligaciones por su naturaleza individuas no pueden exigirse mientras no se cumpla íntegramente la condicion bajo la cual se hubieren contraido. Si alguno, por ejemplo, promete á su siervo darle libertad con tal que le dé cien pesos: como nadie puede ser en parte libre, y en parte esclavo, no conseguirà su libertad hasta que no entregue toda la cantidad convenida. Del mismo modo, cuando la condicion es en si misma individua, aunque sea divisible la cosa prometida, debe cumplirse íntegramente aun en el caso que sean muchas las personas que deban verificarla: asi es que si alguno legase una cantidad á dos albañiles con la condicion de que le habian de trabajar un monumento, como este hecho es individuo, era necesario que

(1) Pichard. lug. cit. n. 221.

(2) L. 2.ª § ùlt. Dig. de verb. oblig.

(3) LL. 199. de Estilo, y 9. tit. 20. lib. 3. F. R.

los dos trabajasen completamente el monumento para conseguir la cantidad legada, y en caso que uno solo le construyese, el solo tambien tendria el legado (1). Pero en estos casos, ninguno de los socios debe emprender la obra sin avisar y dar tiempo á los otros para que le ayuden (2).

ARTÍCULO 2.°

DE LAS OBLIGACIONES INDIVISIBLES POR DERECHO.

862. Aunque sean por su naturaleza divisibles las cosas que vienen en una obligacion, seria injusto dividirlas, siempre que con la division se contraviniese á la voluntad espresa, tacita ó presunta de los contrayentes; y por esto es que las leyes han declarado indivisibles en su ejecucion muchas obligaciones por su naturaleza divisibles. Las oblíciones de esta clase son las que se llaman *individuas por derecho*, y de ellas es que vamos à tratar.

863. Un acreedor recibe menos utilidad de la entrega parcial de la cosa que se le debe, que de la entrega de toda ella; y esta es la razon porque se presume que en todos los contratos los que han de recibir algo tratan siempre de evitar aquel perjuicio. En esta presuncion se funda la ley del Fuero, que dispone, que si *aquel que habie de rescebir el deudo, non quisiere rescebir parte sin todo, non sea constreñido de lo rescebir* (3). Tampoco puede ser obligado el deudor á pagar solo una parte de su deuda, cuando está dispuesto á abonarla enteramente (4). Como las razones en que se fundan estas dos resoluciones son universales, ellas deben observarse en todos los contratos; y de consiguiente puede tenerse por regla, que *las obligaciones*

---

(1) L. 6. Cod. de condition. insert.

(2) Merlin. Repertoire *verb. condition.* sect. 1.ª § 4.°, y sect. 2.ª § 6.° art. 6.°

(3) L. 9. tit. 20. lib. 3.° Fuero Real.

(4) Cur. Filip. Comercio terrestre, lib. 2. cap. 7. n. 22.

aunque sean divisibles por su naturaleza, deben ejecutarse entre deudor y acreedor como si fueran indivisibles.

864. Se ha dicho *entre deudor y acreedor*, porque la regla no rige en caso de ser varios los deudores ó los acreedores, bien sea por contrato ó por sucesion. Cuando son muchos por contrato, como el derecho considera muchas estipulaciones en una, no puede uno de los acreedores exigir mas de lo que le corresponda en la deuda, ni está obligado cada uno de los deudores á pagarla ìntegramente; à no ser que la obligacion haya sido contraida espresamente *in solidum.* (1). Cuando son muchos los deudores ô los acreedores por título de sucesion, tampoco puede cada acreedor cobrar toda la deuda, ni estan obligados á pagarla los deudores, sino en proporcion de su herencia, porque *la ley divide ipso jure tanto las acciones como las obligaciones del difunto entre sus herederos.* (2).

865. Este principio se limita en los casos siguientes: 1.° cuando la deuda es hipotecaria: 2.° cuando es de especie cierta: 3.° cuando uno solo de los herederos ha sido gravado con toda la deuda por el testamento ó por los términos de la particion: 4.° cuando resulta, sea de la naturaleza de la obligacion, sea de la cosa que en ella viene, sea del objeto ô fin por que se ha hecho el contrato, que la intencion de los contrayentes, ha sido que no se pueda pagar parcialmente la deuda.

866. En el primer caso, el acreedor hipotecario puede ejecutar por toda la deuda el fondo hipotecado en poder de cualquiera de los herederos que se halle (3). En el segundo, el heredero tenedor de la cosa debida puede ser reconvenido por toda ella, porque èl solo, y ninguno de los otros puede cumplir la obligacion de su instituyente. En

---

(1) L. 1.ª tit. 16. lib. 5. R. Cur. Filip. comer. terres. lib. 2. cap. 7. n. 6.

(2) L. 5. tít. 6. P. 6. y Cur. Filip. 2. P. § 10. n. 4. y § 9. n. 6.

(3) Cur. Filip P. 2. § 10. n. 4.

el tercer caso, es claro que el heredero por el cuasi contrato de la aceptacion de la herencia, ó por la aprobacion de las particiones, deberâ él solo pagar la deuda. En el cuarto, la obligacion gravita *in solidum* sobre cada uno de ellos, porque de otro modo no se cumpliria el contrato.

867. Siendo por derecho, como hemos dicho, indivisibles en la ejecucion todas las deudas, se deduce que tambien deben serlo las usuras ô intereses, porque son una accesion de ellas. Solo, pues, en el caso que el acreedor consienta en recibir una parte de su crèdito, cesarâ de correr el interes correspondiente à esta parte abonada; mas si reconvenido el deudor por toda la deuda, solo obla ante el juez una parte de ella, seguirân corriendo las usuras como si nada hubiese oblado; porque mientras no haya depositado toda la cantidad, no puede el juez dar por pagada ninguna parte de la deuda (1).

868. En el artículo anterior se hizo ver la imposibilidad de dividir condiciones en si mismas individuas, ò dividuas, puestas en obligaciones individuas: y ahora se verá que aunque la cosa deducida en un contrato condicional sea divisible, y aunque la condicion tambien pueda cumplirse por partes, ella sin embargo es individua. Lo han establecido asi las leyes, fundândose en la voluntad presunta de los contrayentes, pues desde que estos ponen en un contrato una, ó muchas condiciones unidas por conjuncion, la fé de la estipulacion exije que ellas se cumplan integramente para que pueda ejecutarse la obligacion. Por ejemplo, si un testador legase tres siervos á Ticio, si le hacia decir tres misas en bien de su alma, y si â mas diese cien pesos á los pobres; aunque en este caso, tanto el objeto de la obligacion, como la condicion misma admite còmoda division, sin embargo, Ticio no tendrá derecho ni aun à una mínima

---

(1) Noodt. de Usuris lib. 3. cap 25, y argum. de las LL. 9. tit. 20. lib. 3. Fuero Real. 8. tit. 14. 38. tit. 13. 14. tit. 12. P. 5.

parte de la cosa prometida, mientras que no cumpla cada condicion integramente (1).

869. Pero se observan en las condiciones de que ahora se trata, los mismos principios que en todas las obligaciones indivisibles por derecho, à saber : Que cuando son muchas las personas que deben cumplirlas, se divide entre ellas su ejecucion, pues se considera que hay tantas obligaciones y condiciones como hubiere personas obligadas á cumplirlas (2). Por ejemplo, si alguno dijese en su testamento : *establesco á mis siervos por mis herederos, si fueren mios cuando yo finare*: aunque no lo fuesen todos, uno solo que perteneciese al testador seria su heredero (3). Del mismo modo : si se legase á Ticio y à Mevio una casa con la condicion de que diesen cien pesos para sus gastos funerarios, si diese uno de ellos cincuenta pesos, tendria derecho á la mitad de la casa, aunque el otro no diese nada (4).

870. Por la misma razon que son indivisibles por derecho las condiciones, aunque sean por su naturaleza divisibles, deberian serlo tambien las penas convencionales aunque consistiesen en una cosa capaz de division, porque ellas son una especie de condicion (5). Pero nuestras leyes las han declarado divisibles, disponiendo que cuando el deudor cumpla una parte de la obligacion, se libre de la parte correspondiente de la pena (6); fundàndose en que repugna á

---

(1) L. 13. tit. 4. P. 6.

(2) L. Cui fundus de condit. et. demost.

(3) L. 13. tit. 4. P. 6.

(4) L. 112. § *de illo*. Dig. de condit. et demost.

(5) Valencia cap. 6.° n. 17. lug. cit.

(6) La ley 199 de Estilo, conforme con la 9. tit. 20 lib. 3. del Fuero Real, se espresa en los tèrminos siguientes: "Otrosi, en todo "pleito en que pena sea puesta, sino se cumpliere, ô diere lo "que prometiò de dar, sino lo dió todo, por aquella parte que "no dió, cae en la pena; no en toda la pena, mas en razon de "aquello que no pagó, quier lo oviese á dar por postura, ó por "pena de comiso, ó en otra manera. E esto es de piedad: mas "no por fuerza de derecho. Y en este caso la piedad escrita es

la equidad que siendo solamente las penas un medio de resarcir los perjuicios causados por la inejecucion de la obligacion, pueda el acreedor gozar en parte del cumplimiento de ella, y ademas de toda la pena. Luego si uno de los herederos del que ha sujetado una cuestion al juicio de árbitros obedece y cumple el laudo, dando la parte que le toca, no estarà obligado á la pena que se hubiere estipulado; y solo lo estarán los demas que no pasaren por la sentencia, en razon de la parte del laudo que dejaren sin ejecucion.

871. Otra de las obligaciones indivisibles por derecho es la de prenda ó hipoteca, por exigirlo así la voluntad presunta de los contrayentes (1). Cuando Ticio ha recibido de su deudor una prenda ó hipoteca, no es para asegurar una parte de su crédito, sino todo él, y con toda la cosa hipotecada, ô dada en prenda. Es pues justo, que mientras no se le abone toda la deuda, èl no esté obligado á devolver la prenda, ó á alzar la hipoteca ni en parte, ni en todo. Y como esta razon es estensiva á todos los casos, *siempre es individua la prenda aunque sean muchos los deudores, sea por contrato, ó por sucesion* (2).

872. Se ha demostrado anteriormente que las obligaciones genéricas y las alternativas de dar son en todos respectos divisibles por su naturaleza; pero ahora es tiempo de decir, que en cuanto *â la liberacion* las ha hecho indivisibles la ley. Si pues alguno prometiese á otro dar un ejemplar de las obras de Merlin, aunque le diese la mitad de uno que tuviese en comunidad con otro, y la recibiese voluntariamente el acreedor, no se libraria de la mitad de su obligacion, y seria siempre deudor de un ejemplar de las

"sobre el derecho." Segun el tenor espreso de esta ley, no tiene valor alguno a disposicion del § ult. L. 5. Dig. de verb. oblig., y demas leyes del derecho romano que declaran indivisible la pena convencional.

(1) Arg. de la ley 43. tit. 13. P. 5.

(2) Merlin. Repert. palabra *gage. L. Qui pignori Dig.* de pig. et. hip.

obras de Merlin. La razon es, porque perteneciendo al deudor de una cosa genérica ò alternativa el derecho de elegir la especie en que ha de verificar el pago (1), despues de haber dado la mitad de una especie, podria elegir otra distinta para pagar la mitad restante; y entonces causaria al acreedor el perjuicio de recibir la cosa prometida en partes de diferentes especies. No consintiéndo las leyes que se hagan de esta manera los pagos (2), resulta por consecuencia, que en las obligaciones genèricas ó alternativas el deudor debe dar ìntegramente la cosa prometida, y que si dá solo una parte de ella, queda en suspenso la liberacion respecto de esta parte, hasta que dé el resto en la misma especie, ó dè entera otra diférente; pudiendo en este ùltimo caso repetir la parte que diô primero como indebidamente pagada (3).

873. Hemos esplicado ya la divisibilidad ó indivisibilidad de las obligaciones; pero es necesario para el verdadero conocimiento de esta materia fijar las diferencias que hay entre la indivisibilidad que proviene de la naturaleza de las cosas, y la que proviene del derecho.

874. Primera: las obligaciones indivisibles por su naturaleza *son siempre indivisibles.* Pero las obligaciones indivisibles por derecho, *pueden dividirse por los contrayentes*, y solo tienen su caràcter de indivisibles cuando no hay pacto en contra.

875. Segunda: las obligaciones indivisibles por su naturaleza *son indivisibles en la promesa, en la peticion, en la solucion, y no admiten distribucion entre los herederos*, pues competen contra cada uno in solidum. Pero las indivisibles por derecho, *solo son indivisibles en la peticion y solucion*, pues pueden contraerse por partes, y se distribuyen entre los herederos á prorata, como se ha dicho (4).

---

(1) L. 23. tit. 11. P. 5.

(2) L. 15. tit. 20. lib. 3. Fuero Real, y L. 3. tit. 14. P. 5.

(3) L. *Si non sortem.* § si decem. Dig. de condict. indeg.

(4) Vêase á Valencia lug. cit. cap. 3, n. 54.

876. Ultimamente, debemos notar que ademas de las obligaciones indivisibles por su naturaleza ò por derecho, hay otros actos que no naciendo de contrato, las leyes los han declarado indivisibles por razones particulares. Tal es la aceptacion del legado de una cosa, que no puede hacerse por partes, y es necesario aceptar todo el legado, ó repudiarle enteramente (1): la desheredacion (2): el retracto (3): el mayorazgo (4), y otros varios. Sobre estos casos particulares, solo debe atenderse à la sancion de las leyes.

(1) L. 36. tit. 9. P. 6.
(2) L. 3. tit. 7. P. 6.
(3) L. 71. de Toro.
(4) L. 2. tit. 15. P. 2.

TÍTULO XXI.

DE LAS FIANZAS Y FIADORES.

877. La fianza es *un contrato por el cual una persona se obliga á pagar la deuda ó à cumplir la obligacion de otra;* y fiador se llama aquel que da su fé y seguridad prometiendo á otro hacer ò pagar alguna cosa por ruego ó mandato de aquel por quien entra en la fianza (1).

878. De las definiciones dadas nacen los siguientes axiomas que aclaran casi cuanto hay que decir sobre esta materia. 1.° *La fianza es un contrato que se perfecciona por el consentimiento* (2). 2.° *La fianza es un negocio civil y propio solamente de los hombres* (3). 3.° *La fianza es un contrato accesorio*, pues ha sido inventado en seguridad del acreedor, para que no quede defraudado en el caso de que el deudor principal no tenga con que pagar (4).

879. Veamos ahora quienes pueden ser ó no fiadores. Segun el primer axioma pueden serlo todos los que pueden prometer, y por la promesa quedar natural y civilmente obligados. Se sigue, pues, que son incapaces los infantes, furiosos, mentecatos, sordos y mudos que no entienden lo que hacen; los pródigos, que se equiparan á los furiosos, los pupilos y demas menores sin licencia de sus padres ó curadores (5).

880. Atendido al segundo axioma no pueden ser fiadores los obispos, religiosos, clérigos regulares, ni los caballeros ó soldados que estan en el real servicio, especialmente de recaudadores de rentas reales, ni los siervos, á menos que tengan peculio; y en este caso podran serlo hasta en su importe y nada mas (6). Los clèrigos seculares ordenados

(1) L. 1. tit. 12. P. 5.
(2) Arg. de la ley 2. tit. 16. lib. 5, R.
(3) L. 2. tit. 12. P. 5.
(4) L. 5. tit. 12. P. 5.
(5) Arg. de la ley 1. tit. 12. P. 5.
(6) L. 2. tit. 12. P. 5.

in sacris solo pueden fiar â otros clérigos, á iglesias, ó á personas miserables (1). Del mismo axioma se deduce, que las mugeres no pueden ser fiadoras; y lo prohibe espresamente el derecho, asi por consideracion al decoro de su sexo, como tambien por el peligro á que se espondrian de verse reducidas á pobreza por algunas fianzas incautas (2). Mas si la muger otorgare la fianza serà válida en los casos siguientes: 1.° por causa de libertad, v. gr., fiando á un esclavo por el precio de su rescate. 2.° Por razon de dote v. gr., si la ofrece á otra muger para casarse. 3.° Si sabiendo que la està prohibido ser fiadora, y estando cerciorada del auxilio del derecho, fia no obstante, renunciándole de su espontánea voluntad. 4.° Si subsiste en la fianza dos años, y despues de cumplidos la renova, ó entrega prenda al acreedor para la seguridad del débito (3). 5.° Si recibe precio por ser fiadora. 6.° Si se viste de varon, ó hace otro engaño para que la admitan por tal, creyendo que es varon. 7.° Si fia por hecho propio, v. gr., á quien la fió, ò por su utilidad, ô en otra manera semejante. 8.° Si es instituida por heredera de los bienes del que fió (4). 9 ° Por rentas reales; y se advierte que si algun casado las toma en arrendamiento, ó quiere fiar al arrendador de ellas, no debe ser admitido sin que su muger se obligue en el contrato y renuncie el privilegio é hipoteca que tiene en los bienes de su marido (5), pues como la dote y fisco corren pariedad en el privilegio, el que es primero en tiempo, lo es regularmente en derecho.

881. Aunque hemos dicho que vale la fianza hecha por la muger cuando renuncia espresamente su privilegio, esto no se entiende para que pueda ser fiadora por su marido

---

(1) L. 45. tit. 6. P. 1.
(2) L. 2. tit. 12. P. 5. al fin.
(3) En este caso se presume que la fianza cede en su utilidad.
(4) Véase la L. 3. tit. 12. P. 5.
(5) L. 27. § 5. tit. 11. lib. 9. de la Rec.

si fuese casada, ni juntamente con él, pues se declara nula semejante obligacion (1).

882. Segun el tercer axioma pueden darse fiadores para toda especie de contratos y obligaciones, aunque sean puramente naturales y destituidas de todo efecto civil. De esta suerte puede acontecer que el principal deudor no quede obligado civilmente, y sí el fiador, v. gr., si uno se constituyò fiador por un siervo que no tiene peculio (2). Se esceptúa el caso en que las leyes anulan la obligacion del deudor principal; como sucede en la fianza de las mugeres: y asi, si uno saliese de fiador por una muger que otorgase fianza fuera de los casos permitidos por derecho, no quedaria obligado, por estar dicha fianza reprobada por las leyes. Con mayor razon no valdria la obligacion que hiciese el fiador de un hijo de familias ó menor que comprase ó sacase al fiado alguna cantidad sin licencia de su padre ò curador, pues està declarada por de ningun valor semejante obligacion, y cualesquiera contratos, fianzas, seguridad y mancomunidad que sobre ella se hiciere, con cualesquiera clàusulas y firmezas (3).

883. Del mismo axioma se deduce, que el fiador, no puede obligarse à mas que el deudor principal (a), pues seria cosa ridìcula que yo debiese cien pesos y mi fiador quedase obligado por doscientos, siendo constante que lo accesorio debe seguir en todo á lo principal. Segun lo dicho serâ nula la fianza en que el fiador se obligue á mas que el principal; pero no en todo, sino solo en el esce-

(1) L. 9. tit. 3. lib. 5. Rec., que es la 61. de Toro.

(2) L. 5. tit. 12. P. 5.

(3) L. 22. tit. 11. lib. 5. de la Rec.

(a) Esto no impide que el fiador pueda obligarse mas que el deudor principal, ó quedar mas fuertemente obligado: y asi, segun deciamos poco antes, el deudor puede estar obligado solo naturalmente, y el fiador natural y civilmente: puedo yo estar obligado en virtud de escritura, y mi fiador dar prenda para mayor seguridad.

so. Este puede ser de cuatro maneras : por cantidad, por razon de lugar, por tiempo, y por razon de algun nuevo gravámen añadido á la obligacion. Se obligarà en mas del primer modo, cuando se obligue el fiador á pagar mas cantidad que la que debe el principal. Del segundo, cuando estando obligado el deudor á pagar en lugar determinado, el fiador se obligase en otro que le fuese mas gravoso. Del tercer modo, cuando el fiador se obligase á pagar dentro de mas breve tiempo que el que debia el principal. Y del cuarto, cuando el fiador prometiere pagar puramente, debiendo el principal bajo de condicion (1). Verdad es que atendida la ley de la Recopilacion, que establece que quede uno obligado de cualquier modo que parezca que intentó obligarse (2), no habrá dificultad en decir que si el fiador sabia y entendia que se obligaba à mas que el principal y asi fue su voluntad otorgar la fianza, valdrá la obligacion, y tendrá fuerza en todo aquello que parezca que quiso obligarse; pero no si por ignorancia ó equivocacion se obligò á mas (*)

(1) L. 7. tit. 12. P. 5.

(2) L. 2. tit. 16. lib. 5. R.

(*) Este es el mayor estremo á que podia estenderse la errada interpretacion que algunos hacen de la ley Recopilada que quitó las solemnidades á las estipulaciones. Si el fiador pudiese obligarse ã mayor cantidad que el deudor, vendria la fianza á desnaturalizarse, y ser una obligacion principal en aquello de mas á que el fiador se obligase; obligacion sin causa, que no se sabria â que género adscribirla. La ley Recopilada dispuso únicamente sobre las solemnidades de las estipulaciones, y no sobre la esencia de las obligaciones. Mandó que de cualquier modo que los hombres se obligasen, quedasen obligados; pero jamas pudo decir que á cualquiera cosa que se obligasen fuesen obligados. Lo uno toca al modo, à la manera de obligarse, á la solemnidad de la obligacion; y lo otro à lo que en ella podia venir. Es por consiguiente el mas absurdo modo de raciocinar decir: la ley manda que de cualquier modo que los hombres parezcan obligarse, queden obligados; luego à cualquiera cosa que se quieran obligar, quedan obligados. Asi vemos en el mismo código de la Recopilacion mil géneros de obligaciones improbadas; por razon de la cosa deducida en ellas.

884. Resta hablar de los efectos de la fianza. El principal de ellos es quedar el fiador obligado á pagar, no haciendolo el deudor en el tiempo que debia (1). Pero para proceder con claridad en este punto, es menester distinguir varios modos con que pueden obligarse los fiadores. Pueden constituir su obligacion simplemente, esto es, á prorata, ò cada uno por el todo, como fiadores ò como principales pagadores. Si se obligan simplemente como fiadores, quedaràn obligados à pagar á proporcion la parte que les toque; y si se obligan por el todo, puede el acreedor dirigir su accion contra el que quisiere por el todo, ó à prorata á su eleccion, y pagándole uno íntegramente su débito, quedan libres para con él los demas; pero si alguno ò algunos son pobres, es de cargo de sus confiadores la total solucion de la deuda (2).

885. Mas aunque los fiadores se obliguen simplemente, si renuncian el beneficio de la division, que consiste en que la satisfaccion de la deuda se divida entre todos á prorata, quedarán obligados por el todo como si espresamente se hubieran obligados asi (3). Pero no obstante que renuncien el tal privilegio, no podrân ser reconvenidos antes que el deudor principal, sino en varios casos que se individualizarán. 1.° Cuando renuncian tambien el beneficio de la escusion; pues entonces no necesita el acreedor hacer constar para demandarlos que el deudor no tiene bienes. 2.° Cuando este es notoriamente pobre, pues entonces deben absolutamente pagar por el. 3.° Cuando el deudor está fuera del lugar ; pero en este caso si piden término al juez para presentarle se les concederá, y no presentándole dentro de él pueden ser compelidos á pagar segun se hayan obligado. 4.° Cuando niegan maliciosamente la fianza, y se les convence de haberla otorgado. 5.° Cuando no oponen la escep-

(1) L. 8. tit. 12. P. 5.

(2) LL. 8. y 10. tit. 12. P. 5. * Véase la L. 1. tit. 16. lib 5. R.

(3) Gregorio Lopez en la ley 8. tit. 12. P. 5. Febr., tom. 2. pag. 413. not. 2.

cion de la escusion antes de la contestacion. 6.° Cuando el deudor principal no puede ser reconvenido fàcilmente por razon de su persona, lugar ó privilegio, y algunos otros que trae Febrero (1).

886. Si se obligan como principales pagadores, haciendo suya propia la deuda agena, consintiendo ser demandados primero que el deudor principal, y renunciando el beneficio de la escusion en sus bienes, pueden ser reconvenidos á prorata antes que èl, segun se obligaron, porque su fianza en este caso se eleva á obligacion principal; y por el todo cada uno, si renuncian tambien el de la division, ò se obligan de mancomun por el todo *in solidum*, pues el pacto se ha de observar no habiendo dolo, ni siendo contra ley y buenas costumbres; y el hombre á cuanto se obliga à tanto queda obligado (2).

887. Los beneficios que competen á los fiadores, y de que ya hemos hecho mencion, son tres: 1.° El beneficio de *division*: (*) 2.° *el de ôrden ó de escusion;* y 3.° el de *cesion de acciones*. El beneficio de division tiene lugar cuando muchos se constituyeron fiadores por uno: entonces si todos tienen con que pagar no estará obligado uno solo à pagar el todo, sino que cada uno pagará á prorata la parte que le toque (3). El beneficio de òrden ó de escusion se diferencia bastante del anterior, pues con este intentan los fiadores no ser reconvenidos sin que se haya hecho escusion en los bienes del deudor, esto es, sin que primero se embarguen y vendan los bienes, y se vea que no alcanzan á pagar la deuda.

888. El tercer beneficio es, que el fiador no esté obligado á pagar sin que primero el acreedor le ceda los derechos y acciones que le competen contra el deudor. Debe pues, el acreedor ceder sus derechos y acciones, ya sean

(1) L. 9. tit. 12. P. 5. Febr., tom. 2. cap. 17.
(2) L. 2. tit. 16. lib. 5. R. * y véase la L. 1.ª
(3) L. 10. tit. 12. P 5.
(*) Hoy no es necesario el beneficio de division, porque la ley ha dividido la obligacion entre los fiadores que espresamente no se obligaron *in solidum*. (L. 1. tit. 16. lib. 5. R.)

personales, reales ò hipotecarias; y así mismo dar poder al fiador para exigir del deudor principal y demas fiadores lo que pagó por ellos, á lo cual llaman *carta de lasto* (1); y tambien entregarle todos los títulos de legitimidad del crédito, para que con ellos se haga dueño de él, y quede subrogado en las acciones, y en su prelacion y seguridades, porque sino lo hace, no podrà repetir contra los otros fiadores, por obstarle la escepcion de la falta de cesion. No debe, pues, el fiador ser compelido á pagar hasta que se le dè el lasto, no obstante que estê condenado al pago por ejecutoria. Pero no aprovechará este beneficio al que le renuncia, y así solo podrà repetir contra el deudor principal, como que paga por èl, é hizo su negocio.

889. Para que se entienda mejor el tiempo y modo con que el fiador ha de pedir el lasto al acreedor, es menester distinguir tres diversas maneras con que se puede hacer la paga. La primera es, satisfaciendo el fiador simplemente la deuda sin espresar por quien la satisface, si por el deudor principal, ó por sí, como tal fiador. Si hace la paga simplemente, es preciso que en el acto de la entrega pida el lasto al acreedor, y si entonces no lo hace, no puede pedírle despues, sino es que antes pactasen que se lo habia de dar. Y la razon es, porque en este caso se infiere que pagó por el principal, y así solo tendrà contra este el regreso por la accion *negotiorum gestorum*. Si hace la paga por el deudor principal le competirá únicamente contra èl la accion por la razon espuesta; y así en este caso no debe el acreedor darle lasto contra los demas fiadores, porque por la paga espira todo el derecho que contra ellos tiene, y es lo mismo que si el deudor pagara por su mano. Finalmente, si la hace por sí como tal fiador, puede compeler al acreedor â que le dé lasto para demandar con él toda la deuda al principal obligado, ò à pro-

---

(1) L. 11. tit. 12. P. 5.

rata á los demas fiadores de la misma cantidad, á su arbitrio, porque en virtud del lasto sucede en el lugar y prelacion del acreedor, y adquiere la deuda como casi comprador de ella. Si dirige su accion contra los otros fiadores, le queda la de repetir por su parte contra el deudor, y pagando de esta manera puede en todos tiempos compeler al acreedor à que le dé el lasto, porque mientras no está reintegrado no se estingue ni espira la obligacion principal, y así debe gozar del beneficio de la cesion de acciones (1).

(1 LL. 11. tit. 12, y 45. tit. 13. P. 5.

TÍTULO XXII.

DE LAS OBLIGACIONES DE LETRAS.

890. Hemos esplicado ya todo lo perteneciente à los contratos que antiguamente se perfeccionaban por palabras: síguese ahora el que se llama *de letras*, por tomar su fuerza de solas ellas, aunque el que las escribiò nada haya recibido. Esta obligacion decimos que es *un contrato por el cual el que confiesa por medio de un vale û otro instrumento que ha recibido cierta cantidad por causa de mûtuo, y no le ha retractado en el espacio de dos años, queda obligado en fuerza de dichas letras, y puede ser reconvenido al pago, aunque no haya recibido el dinero que se menciona* (1).

891. Podemos, pues, reducir esta materia á tres axiomas. 1.º *El fundamento de esta obligacion son solas las letras no retractadas dentro de dos años.* La razon es, porque no es creible que haya hombre tan descuidado que deje en manos del acreedor por tanto tiempo el vale ó recibo que le habia otorgado con la esperanza de que le entregaria el dinero que necesitaba. Si se verificare, pues, una tan larga negligencia, justamente debe dañar al deudor, por haber presuncion vehemente de que recibiò el dinero.

892. 2.º *Esta obligacion solo tiene lugar en causa de mùtuo.* La razon es muy clara. El hombre que busca dinero á mútuo, por lo comun se halla urgido de la necesidad, y procura por todos medios dar gusto al acreedor para inducirle al préstamo, lo cual no sucede en los demas contratos: es, pues, muy fácil que el mutuario se deje persuadir á dar el recibo ò instrumento antes de recibir la cantidad que solicita.

893. 3.º *Del instrumento ó vale dado y no retractado, nace la accion de este contrato, aunque el autor de las letras no haya recibido la cantidad de que se hace relacion, por tener lugar la presuncion ya dicha.*

---

(1) L. 9. tit. 1. P. 5. * y L. 118. de Estilo.

894. Del primer axioma se colige: 1.° Que antes de los dos años no nace la accion de este contrato en virtud de las letras dadas. Nace, sì, accion de mútuo; pero entonces debe probar el actor que le dió. Nace tambien accion en virtud del instrumento, pero èsta la destruye el reo facilmente, oponiendo la escepcion de *non numerata pecunia.* Pero la verdadera accion del contrato de letras, que escluye toda escepcion, no compete sino hasta pasados los dos años. 2.° Que el autor del instrumento puede y debe repetirle dentro de los dos años siguientes al dia de su otorgamiento. Esto lo debe hacer presentándose al juez pidiéndole mande al que tenga sus letras de recibo se las devuelva, en atencion á que no le quiere entregar la cantidad de que en ellas se daba por recibido (1). Mas esta queja, y cualesquiera protestas del reo, no tendrán lugar siempre que de otro modo aparezca que verdaderamente se hizo la entrega, como si el acreedor mostrase alguna carta posterior al instrumento, en que el deudor asegura que recibió el dinero, ò si la entrega se hizo ante testigos.

895. Aunque nuestro derecho dice que pasados los dos años sin quejarse el mutuario, ni pedir sus letras, queda obligado á pagar la cantidad de que se da por entregado en ellas, con todo, en la práctica, atendida la equidad, se admite todavia la escepcion de la *non numerata pecunia*, siempre que el reo se obligue á probarla. Y de aqui infieren nuestros autores prácticos, que aun siendo tan recomendable el instrumento que tiene la cláusula guarentigia (a),

(1) L. 9. en el medio, tit. 1. P. 5.

(a) Esta voz *guarentigia* es italiana, y significa *firmeza*, *seguridad.* Se reduce, pues, la cláusula llamada *guarentigia* á dar el otorgante poder à todos los jueces que del contrato que se habla deben conocer, para que le apremien á su cumplimiento como por sentencia definitiva de juez competente, consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada. Esta cláusula tiene tanta fuerza, porque la cosa juzgada se tiene absolutamente por verdadera; y asi queda el obligado sin recurso alguno temporal que le exima de cumplir la obligacion contraida, y por lo mismo de-

pues trae aparejada ejecucion, no obstante, sino han pasado los dos años prefinidos para oponer la escepcion sobredicha, contados desde la fecha del vale, ó de hecho el préstamo, oponiéndola en el àcto del reconocimiento, no se debe despachar ejecucion en virtud de él.

896. Pero si han pasado los dos años, se ha de despachar precisamente la ejecucion, no obstante que en el ácto del reconocimiento oponga la referida escepcion, pues la circunstancia del transcurso de los dos años sin oponerla, ò pedir la entrega del vale, produce el efecto de tocar al reo la prueba de no habérsele entregado, en pena de su omision y silencio. Lo mismo se deberia decir cuando confesase llanamente la deuda, y despues del acto del reconocimiento quisiese oponer la escepcion, pues no es admisible alguna contra la confesion judicial pura, sino que se deberá despachar la ejecucion, y tambien cuando en el vale la renunció espresamente, aunque le reconozca antes de los dos años. Mas en dichos casos, aunque la ejecucion se lleve adelante, no se seguirà perjuicio al reo, siempre que pueda probar su escepcion dentro de los diez dias concedidos por derecho en el juicio ejecutivo (1); y si no pudiese en tan corto tiempo, deberá hacer el pago, y luego en via ordinaria se le oirá, y probándola en esta, tendrá el acreedor que restituir lo percibido (2).

---

be ser compelido á ello. * Las escrituras privadas aun cuando tengan la cláusula guarentigia no se mandan á ejecucion sino son reconocidas por los que las otorgaron.

(1) LL. 2. 3. y 19. tit. 21. lib. 4. de la Rec.

(2) Véase sobre este punto á Febrer., tom. 5. pag. 138. n. 50. Gomez tom. 2. Var. resol. cap. 6. al n. 3., y á Sala en la nota al § ún. de este tit.

TÍTULO XXIII.

DE LOS CONTRATOS CONSENSUALES.

897. La última especie de contratos nominados es de los que se llaman consensuales, los cuales no tienen este nombre porque en ellos se requiere el consentimiento de los contrayentes; de esta suerte deberiamos decir que todos los contratos eran consensuales, pues ninguno se puede verificar sin consentimiento. Llámanse, asi, porque subsisten y tienen todo su vigor por solo el mutuo consentimiento y asi en ellos nace la obligacion luego al punto que se convinieron las partes; v. g., entre el comprador y vendedor luego que convienen en la cosa y en el precio nace la accion de compra y venta, porque este contrato se perfecciona por solo el consentimiento. Por el contrario, entre el mutuante y mutuario mientras no se entrega la cosa fungible no nace la accion de mútuo, aunque aquel haya prometido darla, porque este contrato es de los que se perfeccionan por la tradicion de la cosa.

898. Estos contratos tienen algunas cosas particulares. Primeramente todos son bilaterales, y asi producen accion por una y otra parte; v. gr., de compra y venta, de locacion conduccion, de mandato &c., ambas directas, ó una directa y otra contraria. 2.º Todos estos contratos son de buena fé por lo mismo que son bilaterales, pues en ellos estan obligados los contrayentes á prestarse mútuamente varios oficios. Segun esto se puede inferir que todos los contratos consensuales son de buena fé; pero no que todos los contratos de buena fé sean consensuales, porque el comodato, depósito y prenda son de buena fè siendo reales. 3.º Todos estos contratos se pueden celebrar entre ausentes, y de cualquier modo que se pueda manifestar el mútuo consentimiento.

899. Los contratos de esta naturaleza son la compra y venta, locacion conduccion, enfitèusis, sociedad y mandato,

TÍTULO XXIV.

DE LA COMPRA Y VENTA.

900. El primero de los contratos que se perfecciona por el consentimiento es la compra y venta, la cual es un *contrato consensual por el que convienen entre sí los contrayentes en entregar una cosa determinada por cierto precio* (1). Este contrato, pues, se perfecciona por el nudo consentimiento de ambas partes, y se consuma por la tradicion de la cosa; pero si se transfiere ò no el dominio, no es del caso en la compra y venta.

901. De esta definicion se infiere claramente cuales sean los requisitos esenciales de este contrato. Obsérvese que en todo contrato se deben distinguir unas cosas que son *esenciales* otras que se llaman *naturales*, y otras puramente *accidentales*. Cosas esenciales á un contrato se llaman aquellas sin las cuales no puede subsistir sin pasar á ser otra especie de negocio; v. gr., sin precio no subsiste la compra, y asi no habiéndole pasa á ser donacion: la locacion no subsiste sin merced y si falta esta, de locacion se vuelve comodato. Luego el precio para la compra, y la merced para la locacion son esenciales, porque constituyen su esencia. Naturales á los contratos son aquellas cosas que segun las leyes debe haber en cada uno, pero que por pacto de los contrayentes pueden mudarse sin perjuicio de la esencia del contrato; v. gr., en la compra quieren las leyes que el vendedor esté obligado al comprador à la eviccion (2); con todo, se puede pactar lo contrario por los contrayentes. Accidental en los contratos se dice aquello que ni está mandado por las leyes que se ponga, ni tampoco hay inconveniente en que se omita, por estar dejado enteramente á la voluntad de los contrayentes; v. gr., que el precio con-

---

(1) L. 1. tit. 5. P. 5.
(2) LL. 32. y 38. tit. 5. P. 5.

sista en monedas de oro ó de plata, que se pague de una vez ó por plazos; acerca de esto nada disponen las leyes, y así en estos particulares se guardará lo pactado por los contrayentes, por ser cosas accidentales á los contratos.

902. Con lo esplicado hasta aquí se viene en conocimiento que tres son las cosas que constituyen la esencia de este contrato: la 1.ª el consentimiento: la 2.ª una cosa vendible, y la 3.ª el precio. Cualquiera de estas cosas que faltase, dejaria de ser contrato de compra y venta (1). De estos tres requisitos trataremos en este tìtulo.

903. El primero es el consentimiento, el cual solo es bastante para producir obligacion, porque este contrato es consensual. Mas como en los contratos de esta naturaleza no se requiere otra cosa para su perfeccion á mas del consentimiento, de aquì es que la compra y venta estará perfecta luego que los contrayentes hayan convenido en el precio y en la cosa (2); y asì no se requieren palabras solemnes, escritura, ni aun tradicion de la cosa (3); (*) por lo cual este contrato se puede celebrar entre ausentes, por cartas ó procuradores (4). Es verdad que el fin de la compra y venta es la tradicion de la cosa, pero esta no es la que perfecciona el contrato, pues aun antes de que se verifique estàn obligados los contrayentes; y asì la entrega es una parte de la obligacion del vendedor y un efecto de la compra. En una palabra, no diremos que hemos comprado una cosa porque se nos ha entregado, sino que la mira que hemos tenido en comprar ha sido el que se nos entregue. Mas este primer consectario admite algunas escepciones, y se dān varios casos en que con solo el con-

(1) L. 1. tit. 5. P. 5.

(2) L. 6. tit. 5. P. 5.

(3) Arg. de las leyes 6. y 8. del dicho tit.

(*) Por la ley 29. lib. 8. tit. 13 R. de Indias se manda que las ventas de los bienes raices y muebles de que se debiere al cabala pasen ante los escribanos públicos.

(4) L. 8.

sentimiento no està perfecta la compra; v. gr., si los contrayentes pactan que se haga escritura: en este caso no se tiene por perfecta la compra y venta hasta que se otorga el instrumento, y se firma por ambos (1). Si se celebra la venta bajo de alguna condicion suspensiva; v. gr., te vendo mi casa en mil pesos, si dentro de un año no hallare quien me ofrezca mas: no se perfeccionarà esta venta hasta que se cumpla el año sin que resulte mejor postor (2). Si la cosa vendida es de las fungibles, y todavia no se ha contado, pesado ò medido (3). Finalmente, si fuere de aquellas cosas que se acostumbran gustar antes de comprarse, no se perfeccionará la compra antes de que se guste (4).

904. El segundo consectario que se deduce de lo dicho es que antes de perfeccionarse el contrato será lìcito á los contrayentes arrepentirse, mas estando ya perfecto de ninguna suerte, sino es por mûtuo disentimiento (5). Con todo, si han intervenido arras, en el caso de que el contrato no esté perfecto, si el comprador se arrepiente, perderá las arras en castigo de su inconstancia; y si el vendedor, las restituirá dobladas por la misma causa (6).

905. Mas estando ya perfecto el contrato, aunque consienta el uno de los contrayentes en perder las arras, no podrá desistir de èl, siempre que estas se hayan dado por parte del precio, ô en señal de la perfeccion del contrato (7); pero si se hubiesen dado para que sirviesen de pena al que fuese inconstante, no habrà dificultad en que perdiéndolas desista el que no quiera estar à lo pactado (a).

(1) L. 6. tit. 5. P. 5.,
(2) L. 40. del mismo tit.
(3) L. 24.
(4) Dicha ley 24.
(5) L. 6. tit. 5. P. 5.
(6) LL. 7. tit. 5. P. 5., y 2. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.
(7) L. 7. tit. 5. P. 5. v. Pero si cuando el comprador.
(a) Con la esplicacion dada se concilian las leyes 7. tit. 5. P. 5., y 2. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real, que parece convenir en que se disuelva el contrato aun estando perfecto, perdiendo las arras.

906. Todo lo dicho se deduce de la naturaleza de los contratos consensuales; pero hay otros consectarios que nacen de la naturaleza del consentimiento mismo. Por consentimiento entendemos *un acto de la voluntad, con el cual aprueba una cosa cuya bondad el entendimiento conoce, y en virtud de este conocimiento se inclina la voluntad á conseguirla.* De donde se deduce que impiden el consentimiento el miedo y la fuerza, el engaño y el error. Por lo que hace al miedo y fuerza, es constante en nuestro derecho que en estos casos no vale la venta ò compra (1), pues no aprobamos libremente aquello á que por fuerza ò miedo somos compelidos. Esto no obstante, hay algunos casos en los cuales pueden ser compelidos los ciudadanos á vender sus cosas por interesarse, ó la pública utilidad, ò alguna otra causa favorable. 1.° En caso de hambre puede compelerse al poseedor de granos á que los venda por un precio justo (2). 2.° En favor de la religion; v. gr., si una heredad es necesaria para la construccion de un templo ó monasterio. El 3.° en favor de la libertad; v. gr., cuando dos tienen un siervo, y uno de ellos le quiere manumitir: en este caso el otro está obligado à vender su parte (3). Tambien puede ser compelido á vender su siervo el señor cuando le trata con demasiado rigor, ó no le da los ali-

---

Insistiendo en lo dicho, se puede responder á esta ley, lo 1.° que habla del caso en que no está perfecta la compra; á lo cual da márgen la glosa de Montalvo en la letra c. Lo 2.° que si se quiere entender de un contrato perfecto, se puede decir que las arras serian dadas como para que sirviesen de pena, y no como señal de perfeccion de la compra ó parte del precio. Véase á Hermosilla en las adiciones á la glosa 1., y especialmente de la 3 sobre la ley 7, tit. 5. P. 5 fol. 55. Véase tambien la glosa de Alfonso Diaz de Montalvo, en la L. 2. tit. 10. del Fuero Real ya citada, principalmente en las palabras *pierda la señal que dió.*

(1) Véanse las leyes 3. y 56. tit. 5. P. 5.

(2) Vease á Febrero, tom. 2. pag. 154. n. 30. y á Hermosilla en la ley 3. tit. 5. P. 5. glos. 1.

(3) LL. 2. tit. 22. P. 4., y 3. tit. 5. P. 5.

mentos precisos, ó le manda hacer alguna cosa contra derecho y razon (1). Hay tambien otros casos que no añado por no ser largo.

907. Acerca del dolo ò engaño, que efecto producirá en la venta, se debe distinguir: si el engañado estaba determinado á vender ò nò: si lo estaba, y solo padeció engaño en el valor ò estimacion de la cosa, subsistirá la venta, con tal que no sea en mas de la mitad del justo precio, pues si lo fuere tendrá accion el vendedor á que se le restituya la cosa, ó se le complete el precio (2). Mas si el que padeció engaño no pensaba vender, ni conocia lo que vendia, é ignoraba su estimacion, y solo vendió movido de las razones falsas que le sugiriò el que deseaba comprar, en este caso se podrà rescindir la venta, aunque no haya sido hecha por menos de lo que vale la cosa (3).

908. Finalmente, el error tambien impide el consentimiento, pues si yerro en la cosa, no consiento en aquella, sino en otra que entonces se presentaba à mi imaginacion. Pero el error no es solamente de un modo: unas veces es *esencial* y otras *accidental*. Si es esencial, el contrato es nulo (4): si accidental, subsiste la compra, y se da al que erró accion para que se le restituya todo aquello que vale menos la cosa (5). Llamaremos error esencial cuando erramos en la cosa misma; v. gr., comprando laton por oro (6); ó en el cuerpo de la cosa; v. gr., por comprar á Ticio siervo, compar á Estico (7). Será tambien sustancial el error que se versare acerca de los principales atributos de una cosa, que careciendo de ellos nos es enteramente inùtil; v. gr., si compramos por sano un siervo que es loco ò

(1) LL. 6. tit. 21. P. 4., y 3. tit. 5. P. 5.
(2) L. 5. tit. 10. lib 3. del Fuero Real * y L. 1. tit. 11. lib. 5. R.
(3) Véase la ley 57. tit. 5. P. 5., y la ley 2. tit. 11. lib. 5. R.
(4) L. 21. tit. 5. P. 5.
(5) Dicha ley 21.
(6) La misma ley.
(7) L. 20. del mismo tit.

tullido. Será, finalmente, accidental el error cuando erráremos en otras circunstancias de la cosa que no son de tanta entidad (1).

909. Hemos visto ya el primer requisito esencial para la compra y venta, que es el consentimiento: síguese el segundo, que es *la cosa vendible.* Acerca de esto sea el 1.er axioma: *todas las cosas que estan en el comercio se pueden vender, ahora existan ó haya esperanza de que existirán* (2). Segun esto, se pueden vender las cosas futuras; v. gr., los frutos ó caza del año venidero (3), las cosas incorporales; v. gr., el derecho á una herencia (4); y aun las cosas agenas, por razon de estar en el comercio pueden ser vendidas (5). No se quiere decir por esto que semejante venta pueda perjudicar al verdadero señor de la cosa, á quien queda su derecho à salvo para vindicar su cosa en donde quiera que la encuentre, sino porque de este contrato nace accion y obligacion entre el comprador y vendedor (a).

910. Puede tambien venderse la cosa qne se tiene en comun con otro, satisfaciéndosele el valor de su parte, á no ser que se haya comenzado el juicio de division (6).

911. 2.º axioma. *No pueden venderse las cosas que estan fuera del comercio.* De aqui se deduce la razon porque

(1) L. 21. tit. 5. P. 5.

(2) L. 11. tit. 5. P. 5.

(3) Dicha ley 11. y 12. del mismo tit. 5. P. 5.

(4) L. 13.

(5) L. 19. tit. 5. P. 5., y ley 6. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

(a) Acerca de este caso dispone la ley 19. tit. 5. P. 5. que si el comprador sabe que la cosa es agena cuando la compra, no està el vendedor obligado á restituirle el precio despues de vindicada por su dueño, en castigo de su mala fé, si no es que se hubiese obligado á ello espresamente. Pero si compró con buena fè, esto es, creyendo que compraba á su verdadero dueño, está obligado el vendedor no solo á restituirle el precio, sino tambien á resarcirle todos los daños y perjuicios que le hayan venido por su causa. Véase tambien la ley 6. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

(6) L. 55. tit. 5. P. 5.

no pueden venderse las cosas sagradas, si no es que se vendan como accesorio à algun territorio ô señorío (1), ò por causa de necesidad ó utilidad de la iglesia (2); ni las cosas pùblicas, como las calles ó plazas (3), ni tampoco el hombre libre (4).

912. 3.er axioma. *Tampoco se puede vender ni comprar todo lo que por las leyes se haya especialmente prohibido.* Por esta razon no se pueden vender armas, municiones ni víveres á los enemigos del reino (5): las cosas venenosas, si no es que se vendan para formar de ellas medicamentos (6). Tampoco se puede comprar de esclavos ni criados de servicio alhajas, joyas, trastos de casa ni otra cosa, aunque sea de comer, pena de ser castigado el comprador como encubridor del hurto (7).

913. Resta tratar del tercer requisito esencial de este contrato, que es *el precio*, sin el cual no se hace compra ni venta. Aunque tomada latamente la palabra *precio* se puede llamar así todo aquello que se da por otra cosa, con todo, en su rigurosa significacion se entiende solamente *dinero contado*, ó moneda acuñada corriente, que se debe pagar en la compra por la cosa que se recibe (8). De aquí sacamos la diferencia que hay entre la compra y el cambio ò permuta: si se da dinero contado por la cosa, serà compra; y si se da una cosa por otra, será càmbio ò permuta (9).

914. A mas de consistir en moneda el precio para que se llame este contrato compra y venta, ha de tener tres

---

(1) L. 15. del mismo tit. y P.

(2) L. 2. tit. 14. P. 1.

(3) Dicha ley 15. tit. 5. P. 5.

(4) La misma ley 15., y la 8. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real * Para las cosas litigiosas vease la ley 13. tit. 10. lib. 5. R.

(5) L. 22. tit. 5. P. 5

(6) L. 17. * y L. 1. tit. 18. lib. 8. R. L. tit. 2. P. 7. y L. 10. tit. 2. lib. 8. R.

(7) LL. 16. tit. 11. lib. 5., y 5. tit. 20 lib. 6. de la R.

(8) Ley 1 tit. 5. P. 5.

(9) Ley 1. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real.

condiciones, esto es, ha de ser *verdadero, justo* y *cierto*. Por verdadero tendremos á aquel precio que es real, y no imaginario ó simulado; como seria si una cosa de mucho valor se diese por una pequeña moneda; lo cual no se deberia llamar venta, sino donacion. Dijimos tambien que el precio debe ser *justo*. Es verdad que cuando este no está determinado por las leyes, admite bastante latitud; pero siempre debe ser de algun modo equivalente á la cosa vendida. Si no lo fuere, y el vendedor (*) alegare que ha sido dañado, se rescindirá ó no el contrato, segun fuere la lesion. Si se probare haber sido en mas de la mitad del justo precio, como si lo que valia diez se vendió por menos de cinco, estará obligado el comprador á una de dos, ó á suplir el precio justo que valia la cosa al tiempo que la compró, ó à volvérsela al vendedor, tornándole el precio que recibió (1). La cual alternativa tiene lugar, aunque la compra haya sido en almoneda, hasta cuatro años despues (2). Pero si la lesion no fuere en mas de la mitad del justo precio, no compete accion alguna ni al comprador ni al vendedor para rescindir el contrato, no habiendo dolo ni mala fè en su celebracion (3), y siendo los contrayentes mayores de veinte y cinco años (a).

(*) Esta accion corresponde tambien al comprador, en lo que es diferente nuestro derecho del romano.

(1) L. 56. tit. 5. P. 5., y ley 1. tit. 11. lib. 5. de la R.

(2) La misma ley de R. al fin.

(3) L. 2. tit. 11. lib. 5. R.

(a) Para mejor inteligencia de lo dicho se advierte que el justo precio es de dos maneras, uno legítimo y otro natural. Legítimo es el que por ley, Príncipe ó República es determinando, y asi consiste en punto indivisible. Natural es el que tienen las cosas con atencion á la estimacion que de ellas se hace y á otras circunstancias, y por consiguiente admite bastante latitud.

Este precio natural se divide en medio, supremo é ìnfimo; v. gr., el medio será diez, el supremo once, y el ínfimo nueve. Para graduar estos precios no se ha de considerar lo que costó al vendedor la cosa, ni los gastos ó trabajos que en ella tuvo,

915. Esta lesion en mas de la mitad del justo precio no se puede alegar por los que son peritos en sus artes (1), ni cuando la venta se hace contra la voluntad del vendedor, y el comprador es apremiado á comprar (2), como tampoco en las cosas que se venden por deudas fiscales (3). Pero en estos casos tendrá lugar la lesion enormísima, aun cuando se hubiese renunciado; y se llama asi cuando el precio es dos ò tres tantos ménos de la mitad del justo, á diferencia de la enorme, que es aquella en que por la cosa se da poco menos de la mitad del justo precio (4) (a).

916. Finalmente, debe ser cierto el precio, ó por convencion de las partes, ó con relacion á otro modo de certificarse; y asi: 1.° Será cierto el precio de la cosa si se deja á arbitrio de un tercero y éste le señala, à cuya decision se debe estar; si no es que fuese desproporcionado, en cuyo caso se debe enmendar á juicio de hombres buenos (5) 2.° Tambien será válida la venta si el vendedor se conviniere á recibir por precio el dinero que se hallare en tal arca, saco &c., si allì se encontrase alguno; pero no si nada hubiese (6). 3.° Será ademas de esto cierto el precio si se vendiere la cosa en cuanto se comprò, habién-

---

sino la comun estimacion del precio que al tiempo de la venta corriere en el lugar donde se hiciere, ahora se gane ó pierda mucho.

(1) L. 3. tit. 11. lib. 5. de la R.

(2) L. 6. tit. 11. lib. 5. R.

(3) LL. 18. y 20. tit. 7. lib. 9. Rec.

(4) LL. 16. al fin, tit. 11. P. 4., y 56. tit. 5. P. 5. Vèase la Curia Filìpica, lib. 1. comerc. terrestre, cap. 12. nùm. 28. 29. 32. 33. y 34.

(a) Hay otra diferencia entre lo lesion enorme y enormísima, y es que para remediar la primera solo hay accion hasta cuatro años despues, conforme á la ley 1. tit. 11. lib. 5. de la Rec.; pero para la segunda la hay, hasta 20 años, como accion personal que es, segun la ley 6. tit. 15. lib. 4. R.

(5) L. 9. tit. 5. P. 5.

(6) L. 10. del mismo tit.

dose verdaderamente comprado por algun dinero (1) 4.° Pero no valdrá la venta en el caso que el precio se deje á arbitrio de una de las partes, ó de un sujeto incierto (2).

917. Restan todavia varias cosas dignas de saberse acerca de este contrato: 1.° quienes pueden comprar y vender: 2.° que obligacion nace de la compra y venta: 3.° á quien pertenece el peligro de la cosa vendida; y 4.° que acciones nacen de dicho contrato,

918. 1.° Como segun hemos dicho, la compra y venta se perfecciona por el consentimiento, es evidente que todos aquellos pueden comprar y vender que pueden consentir libremente (3), ya sea por palabra, por carta ó mensagero (4). Por falta de esta cualidad los hijos de familia y los menores no pueden comprar, ni los mercaderes venderles (5); como tampoco á los estudiantes, si no interviene permiso del que los tiene en el estudio (6). Se esceptúa el contrato que el padre hiciese con el hijo de los bienes castrenses ó cuasi castrenses, que valdria por haberse en estos como padre de familias. (†) Los administradores, tutores, curadores ni otro alguno no pueden comprar ni vender los bienes de los menores sin autoridad judicial (7); y aun de esta suerte ha de redundar la venta en su utilidad, pues si no, pueden reclamarla dentro de los cuatro años siguientes á los veinte y cinco de su edad; y si dichos tutores &c. los compran pública ò privadamente, están obligados á restituirlos con el cuatro tanto, y es nula la venta (8).

919. Los clérigos estan privados de comprar y vender por via de negociacion, ya sea por si mismos ò por medio

(1) Dicha ley ya citada.
(2) Dicha ley 9.
(3) L. 2. tit. 5. P. 5.
(4) L. 8. del mismo tit.
(5) L. 22. tit. 11. lib. 5. R.
(6) L. 4. tit. 7. lib. 1. de la R.
(†) L. 6. tit. 11. P. 5.
(7) Entiéndese de los raices y muebles preciosos.
(8) L. 4. tit. 5. P. 5., y ley 23. tit. 11. lib. 5. R.

de otro, tanto por derecho canónico (1) como por el real (2). El adelantado y juez tampoco puede comprar por sì ni por medio de otro durante su oficio cosa alguna de lo que se vende en almoneda por su mandado (3), ni casa, heredad ú otra alhaja raiz en el lugar en que ejerce jurisdiccion, pero sí vender las que tiene en èl (4).

920. 2.º La obligacion que nace de este contrato es de parte del comprador pagar el precio contratado, y por parte del vendedor entregar la cosa en que se ha consentido. Veamos mas de cerca una y otra obligacion. El comprador debe el precio para satisfacer con él al vendedor; esto lo puede hacer de dos modos, ó pagándole efectivamente, ó persuadiendo al vendedor que se fie de èl. De aquí es que si ni el comprador paga de contado, ni el vendedor quiere fiarse de èl, no se transfiere el dominio aunque haya intervenido tradicion (5); y así no tiene accion para compeler al vendedor á que le entregue la cosa.

921. El vendedor està obligado à entregar la cosa, y mientras que no la entrega no tiene accion para pedir el precio. La razon es, porque no es justo que uno pueda obligar à otro á un contrato que rehusa èl mismo cumplir por su parte. De lo dicho se infiere, que en este contrato es igual la comodidad para ambos contrayentes, pues aunque el comprador recibe la cosa, paga el justo precio de ella; y el vendedor aunque recibe el precio se deshace de su cosa. Ahora, pues, siendo regla constante que cuando es igual la utilidad de ambos contrayentes se prestan mútuamente hasta la culpa leve, se sigue que en este contrato estaràn obligados el comprador y vendedor al dolo, culpa lata y leve (6).

(1) Concil. Trid. sess. 22. reform. cap. 1., y la *Bul. Apostolicæ servitutis* de Bened. XIV.

(2) L. 46. tit. 6. P. 1.

(3) L. 5. tit. 5 P. 5.

(4) L. 24. tit. 8. lib. 2. de la R.

(5) L. 56. tit. 28. P. 3.

(6) L. 23. tit. 5. P. 5. * L. 2. al fin tit. 2. P. 5.

922. 3.° Veamos ahora à quien pertenece el peligro y utilidad de la cosa vendida. Por peligro entendemos un acontecimiento por el cual perece la cosa (1). Por utilidad todas aquellas ventajas ò aumentos que nazcan de la cosa vendida (2). El sentido, pues, de la cuestion es este: si una cosa se ha vendido y aun no se ha entregado, y en este intermedio perece por acaso ó se empeora, ¿á quien pertenece este daño? Mas, si una cosa se ha vendido y no se ha entregado, y esta misma recibe algun aumento ò mejora, v. gr., si en la cosa vendida se encontrase un tesoro, ¿á quien pertenecerá esta utilidad, al comprador ò al vendedor? Nuestras leyes responden terminantemente que luego que la compra y venta está perfecta, aunque no se haya verificado la entrega, pasa al comprador el peligro y utilidad de la cosa comprada (3). Pero se esceptúan cuatro casos. 1.° Si pereciere por dolo, culpa lata ò leve del vendedor (4). 2.° Si se pactase que el peligro sea del vendedor (5). 3.° Si la cosa fuese de las que se venden contadas, pesadas ò medidas, y de las que se acostumbran gustar préviamente, pues antes de practicarse esta diligencia no se tiene por perfecto el contrato (6), aunque hayan consentido en la cosa, y convenido en el precio (a). 4.° Si el vendedor fuere moroso

---

(1) L. 3. tit. 2. P. 5. v. *E por ocasion.*

(2) L. 23. tit. 5. P. 5. v. Otro sí decimos.

(3) L. 23, tit. 5. P. 5.

(4) Arg. de dicha ley 23.

(5) L. 39. tit. 5. P. 5.

(6) L. 24. del mismo tit.

(a) Acerca de este tercer caso se debe advertir, que si habiéndose señalado dia para gustar, medir ó pesar la cosa, el comprador no viniere, desde entonces es de su cuenta el peligro, y no señalándosele dia, el vendedor pasará este peligro al comprador siempre que habiéndole citado antes testigos no comparezca à medirla, pesarla &c. A mas de esto tiene derecho para vender á otro la cosa, y el comprador sera siempre responsable de los daños y perjuicios de la tardanza. Véase la ley 24. del mismo título.

en entregar la cosa al comprador, siendo reconvenido por este ante testigos (1).

923. De esta suerte dispone nuestro derecho acerca del peligro y utilidad de la cosa vendida. Mas no sin fundamento podria alguno objetar ser esto manifiestamente contrario á los principios del mismo derecho. Estos establecen *que la cosa perece para su dueño*; que antes de la tradicion pertenece el dominio de la cosa al vendedor, y que este no pasa al comprador hasta verificarse la entrega: ¿como, pues, ha de perecer la cosa para el comprador no siendo todavia este dueño de ella? Fuera de esto, los aumentos y utilidades de la cosa son accesiones de ella, y es constante que del dueño de la cosa son tambien todos los aumentos que produce: siendo, pues, del vendedor la cosa antes de la tradicion, ¿como ha de ser verdad, salvos los principios de derecho, que las utilidades pertenezcan al comprador luego al punto, y sin que haya sido apoderado de la cosa? Pero se responde, que el peligro y comodidad pasan al comprador atendido otro principio igualmente constante en derecho: esto es, que al instante que la venta está perfecta, el vendedor es deudor de cierta especie, conviene á saber, de la cosa vendida. Ahora, pues, como el deudor de cierta especie, pereciendo esta se libra de toda obligacion y nada mas debe (2), se sigue que el vendedor si perece la cosa vendida, que era la que debia entregar, se libra al instante; y así el peligro no es de él, sino del comprador. Por otra parte, siendo justo que aquel á quien pertenecen los daños pertenezcan las utilidades, infirieron legítimamente los jurisconsultos que debian ser del comprador cuantos hubiese (3).

924. 4.° Falta tratar de las acciones que nacen de de este contrato. Ya hemos dicho que es bilateral, y así

(1) L. 27. tit. 5. P. 5.

(2) Arg. de la ley 41. tit. 9. P. 6. * Son espresas las leyes 9. tit. 14. P. 5. 18. tit. 11, P. 5.

(3) L. 23. tit. 5. P. 5.

se obliga uno y otro contrayente. Nacen, pues, de èl dos acciones. La obligacion de ambos contrayentes nace desde el principio, y de la naturaleza misma del contrato: de aquí se sigue que ambas acciones son directas. Mas como este contrato es nominado, las dos acciones deben tener su nombre, y así se llamarán *accion de compra ó venta.* Estas acciones se distinguen por el actor; si el comprador entabla la suya para conseguir la cosa se llamará *accion de compra*, y si el vendedor solicita que se le pague el precio se llamarà *accion de venta.* Veamos una y otra separadamente. La accion de compra se da al comprador ò â su heredero, con tal que haya pagado el precio, contra el vendedor ô su heredero; pero no contra un tercer poseedor, porque es personal. Se da à efecto de conseguir todo lo que se le debe en virtud de este contrato. Se le debe la tradicion de la cosa, la posesion y los frutos, y aumentos que haya tenido desde el dia del contrato; y si por culpa del vendedor no se verifica la entrega, estará obligado á satisfacer al comprador los intereses, y todos los daños y perjuicios que le hayan sobrevenido, aunque sea por culpa leve. La accion de venta se da al vendedor que ya entregó la cosa, ó á su heredero, contra el comprador ò su heredero, á efecto de conseguir todo lo que se le debe por este contrato. Se le debe el precio pactado, las usuras, si hubiere tardanza en la paga, y la restitucion de todos los daños que le hayan acaecido, aunque sea por solo culpa leve del comprador.

925. A mas de las dos acciones ya esplicadas hay otras dos peculiares del comprador, y son la redhibitoria y estimatoria. La primera tiene lugar cuando se venden bienes que tienen vicio, tacha ó enfermedad; ya sean raices, v. gr., heredad ó campo que cria malas yerbas, casa ù otro edificio que debe servidumbre, ó tributo; ò muebles, v. gr., mercaderías, libros; ó semovientes, como esclavos, caballos, mulas y otros semejantes que tengan daño ò maldad oculta, lo cual no habiéndosele manifestado al comprador puede intentar contra el vendedor dentro de los seis meses

primeros siguientes al dia de la celebracion de la venta, dicha accion llamada *redhibitoria*, á efecto de que se rescinda el contrato, restituyéndosele el precio y volviendo él la cosa (1).

926. No intentándose en el tiempo establecido la primera accion, puede usar el comprador en los seis meses restantes de la segunda, que se llama *estimatoria ó cuanti minoris*, á efecto de que el vendedor le devuelva el mènos valor que la cosa vendida tiene por el defecto, tacha ò vicio que le ocultò ; de suerte que en el preciso termino de un año, contado desde la fecha del contrato, ha de usar de ellas, y pasado, ninguna puede intentar (2). Mas si el vendedor manifestare el vicio de su cosa, ó el comprador renunciare estas acciones, no podrà despues pretender cosa alguna (3) (a).

ARTÍCULO 1.º

DE LAS CONDICIONES Ó PACTOS QUE SE PUEDEN PONER EN LA CELEBRACION DE LA COMPRA Y VENTA.

927. No solo se puede celebrar la venta puramente, sino tambien con condicion, esto es, dando el uno ó el otro de los contrayentes su consentimiento bajo de ciertas calidades, que podemos llamar pactos añadidos.

928. Los mas solemnes que se pueden poner, y son permitidos en este contrato, son los pactos llamados *de retrovendendo, comisorio y adictionis in diem* (4). Por el primero se verifica la venta con la precisa calidad y condicion de que para cierto dia, mes y año ha de restituir el com-

(1) L. 63. tìt. 5. P. 5.
(2) L. 65. tit. 5 Part. 5.
(3) L, 66. del mismo tit.
(a) Si el vendedor ignorando el vicio, tacha ó defecto de su cosa, la vendiere con buena fè, no estará obligado á los daños seguidos al comprador; pero si, á volver el mas valor que recibiò por la cosa, y que no se le hubiera dado á saberse el defecto. Febr., tom. 2. pag. 174. n. 63.
(4) LL. 38. 40. y 42. tit. 5. P. 5.

prador la misma cosa vendida al que se la vende, ò á sus herederos, en la forma que la recibe sin deterioro alguno, volviéndosele el precio; y que con ningun pretesto la ha de poder vender, gravar, ni de cualquiera otro modo enagenar hasta que pase el tiempo prefinido; y si lo hiciere sea nulo. Ordenada en estos términos la venta, es lícito el contrato (1), y el comprador puede usarla y disfrutarla, mas no venderla ni enagenarla hasta que espire el tiempo prescrito; pero el vendedor podrá darle facultad para esto, quedando el segundo comprador con la obligacion de restituirla, y la accion de vindicarla en su fuerza y vigor.

929. Por el pacto comisorio se obliga el comprador á que si no satisface el precio de la cosa comprada para cierto dia, queda por el mismo hecho nula la venta, se tiene por no transferido el dominio, y puede el vendedor quedarse con la señal que haya dado. Este pacto es tan lícito y válido, que no cumpliendo el comprador con la satisfaccion del precio al plazo estipulado, verdaderamente se rescinde y anula el contrato (2), y no se le transfiere el dominio de la alhaja, ni sus acreedores adquieren derecho á ella, y por lo mismo el vendedor gana la arra ô señal; bien que puede elegir uno de los medios, que son; ó pedir todo el precio, y que entonces subsista el contrato; ò no querer que este valga y retener la arra, pero no arrepentirse despues de hecha la eleccion (3)

930. Si el comprador percibió algunos frutos de la alhaja vendida con pacto comisorio, debe entregarlos al vendedor, devolviéndole este la señal ó parte del precio que recibiò, y no de otra suerte; y si los quiere, le ha de abonar las espensas hechas en sus labores y coleccion de ellos; pero si la alhaja se deterioró por su culpa mientras la poseyò, está obligado á reintegrar al vendedor su decremento (4).

(1) L. 42. tit. 5. P. 5.

(2) L 38. del mismo tit.

(3) Dicha ley 38

(4) L. 38. al fin.

931. Cuando se añade el pacto de adiccion ó señalamiento de dia, recibe el comprador la cosa con la condicion de que si dentro de tanto tiempo (que se señala) pareciere otro comprador que dé al vendedor ó á su heredero mas precio por ella, ha de quedar por el mismo caso nula y rescindida la venta, y el derecho del vendedor vivo é ileso para apoderarse de la cosa, venderla al que mas le diere, y compeler al primer comprador á que se la restituya tan saneada y en la propia forma que la recibió, devolviêndosele el precio que entregò, y el de las mejoras útiles que tenga, mas no las precisas para su conservacion (1). Mas si pasare el tiempo prefinido, se transfiere el dominio de la cosa en el comprador, sin que sea necesaria nueva tradicion.

932. Este pacto será vàlido concurriendo las circunstancias siguientes: 1.ª Que el segundo comprador sea verdadero y no simulado. 2.ª Que el vendedor ò su heredero haga saber al primero el mayor precio que el segundo le ofrece por la alhaja, y le reconvenga si la quiere por el tanto, pues tiene derecho para ser preferido. 3.ª Que el mayor precio ofrecido sea por la alhaja considerada en la misma forma que la vendiò, sin mejoras ni aumentos. Cualquiera de estas circunstancias que falte no se rescindirá el contrato (2).

ARTÍCULO 2.º

DEL RETRACTO Ó TANTEO.

933. El retracto en general se puede decir que es *un derecho que por ley, costumbre ò pacto compete á alguno para rescindir la venta, y atraer â sí por el mismo precio, dentro del têrmino prefinido por derecho la finca ó posesion vendida á otro.*

---

(1) L. 40. tit. 5. P. 5.

(2) Dicha ley 40. tit. 5. P. 5. al fin.

934. En España se conocen cuatro géneros de retracto, à que en castellano se llama *tanteo*. El primero es convencional, y se verifica cuando el vendedor y comprador pactan que aquel ha de poder retraer la finca dentro de cierto término, ó cuando quiera, restituyèndole el precio recibido; y èste es el pacto de *retrovendendo* de que hablamos poco hà. El segundo tiene lugar cuando el que posee algun castillo ò fortaleza intenta venderle ò permutarle, pues lo debe hacer con licencia del Rey, é informarle del comprador, y precio que por èl da, para que si le quiere le retraiga por el tanto (1). El tercero se llama de comunion ó sociedad, y le está concedido al socio ó partícipe en el dominio de algun bien raiz (2). El cuarto, finalmente, es el de consanguinidad ó gentilicio, del que trataremos primeramente, y es el que compete á los hijos, nietos y parientes legìtimos por su órden, dentro del cuarto grado civil, recto ó transversal, del dueño de los bienes que se venden, sin distincion de sexo ni edad, pues por los menores pueden usar de él sus tutores y curadores, y por los ausentes sus apoderados con poder especial (3).

935. La razon de permitir el derecho á los consanguíneos la facultad de retraer, se toma de la aficion que por lo comun profesan todos á los bienes de sus mayores, ya sea por la utilidad que esperimentan en conservarlos en sí, ya por que les es sensible el que salgan de la familia. Concede, pues, el derecho esta facultad no solo á los hijos legítimos, sino tambien á los naturales, por militar en ello, la misma razon; pero no á los espúrios, por no reputarse por conocidos sus padres (†).

936. En virtud del derecho que hemos esplicado, queriendo

---

(1) LL. 1. tit. 18. P. 2.

(2) L. 55. tit. 5. P. 5.

(3) L. 13. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real, y leyes 6. y 7 tít. 7. lib. 5. del Ordenam., y 230 del Estilo.

(†) Gomez á la L. 70 de Toro num. 4 y 5.

el dueño de alguna finca ó alhaja inmueble, patrimonial ó abolenga, venderla por dinero de contado á estraño, y algun pariente suyo hasta el cuarto grado inclusive, contado por derecho civil, poseerla, es preferido por el tanto al comprador estraño. Si el pariente no intentó el retracto ó tanteo antes que la finca se vendiese, todavia puede apoderarse de ella si ocurre dentro de los nueves dias primeros siguientes al de la celebracion de la venta; pero con la condicion precisa de que pague el mismo precio que el comprador estraño ofrecia, y de que jure que quiere para sí la finca, y que no hace el retracto por dolo ni con fraude. Y si entonces no existe en el pueblo, puede tantearla otro pariente por la misma línea. Pero en el caso que dos ó mas de un grado pretendan la misma finca, dispone el derecho que la partan entre sí; y siendo de diversos, que la lleve el mas cercano (1).

937. Por lo que hace al retracto de comunion ó sociedad, es constante que no solo puede el socio ó partícipe en la finca, justificándo serlo, retraerla por el tanto si el consocio quiere vender su parte à estraño, sino tambien despues de vendida esta, acudiendo dentro de los mismos nueve dias concedidos al pariente, y no despues, con tal que pague el precio ofrecido por el comprador, y que no haya fraude ni dolo (2). Mas esto se entiende cuando ambos poseen la cosa pro indiviso, pues si está dividida real y demostrativamente, y cada uno posee su parte separada ninguno puede intentar el retracto de la otra, pues en este caso ya no son socios, ni tienen comunion en ella.

938. Siendo muchos los socios puede cada uno *in solidum* retraer por el tanto la finca ó cosa vendida á estraño; y si todos la quieren, deben ser admitidos proporcionalmente á su tanteo, segun la parte que en ella les corresponda, no

(1) L. 7. tit. 11. lib. 5. de la Rec., que es la misma ley 13. tit. 10. lib. 3. del Fuero Real.

(2) L. 55. tit. 5. Part. 5.

con igualdad. Pero si el socio vende à uno de los consocios la suya, no pueden los demas retraerla ni quitarla por grandes que sean las de ellos, y pequeña la del consocio comprador.

939. Tienen tambien este mismo derecho de retracto por comunion el señor que tenga el dominio directo en alguna posesion, el superficiario, (*) que es el que tiene edificio sobre suelo ageno, por el que paga pension al de este, y el enfitéuta ó el dueño del dominio útil de la finca, que es el que recibió á censo enfitéutico algun fundo para cultivarle y percibir sus frutos, con la obligacion de pagar al que se lo dió, y á sus sucesores, cierto rèdito ò pension anual. Ahora pues, si el señor del dominio directo, ò de la area, ó suelo, le vende á un estraño, pueden retraerle por el tanto el superficiario y enfitéuta, como dueños del útil, dentro de los nueve dias (†) referidos. Si estos venden el útil, puede retraerle aquel dentro del mismo tèrmino en caso que ninguna pension anual le paguen, (‡) pues si la pagan deben, para evitar que la finca caiga en comiso, requerirle si le quiere por el mismo precio, â fin de que le tome, pues es preferido, ó permita que se venda à otro; y una vez requerido tiene dos meses de término para el tanteo, pasados los cuales quedan en libertad para venderle, y el señor sin accion por aquella vez á tantearle, y si solo al laudemio que por la venta se cause.

940. Si el señor y el superficiario ó enfiteuta concurren con el consanguìneo ò con el socio, ò con ambos, preferirán aquellos tres á estos dos, llevando siempre la antelacion al superficiario, y al enfiteuta el señor del dominio directo, por razon del mayor derecho que como dueño del suelo le compete en la finca, y al socio el superficiario y

(*) L. 13. tit. 11. lib. 5. R.

(†) La ley no asigna este término; pero si los interpretes, Gomez, Matienzo y Acevedo sobre la ley citada.

(‡) Sala Apendix de Retractib. n. 31.

el enfiteuta. Y si estos tres y el señor concurren con el consanguíneo, le preferirán por el órden con que quedan nominados, de modo que el consanguineo tiene el último lugar respecto de los otros, ya concurra con todos juntos ò con cada uno solo: el socio cede al superficiario y al enfitéuta, y estos dos al señor del suelo (1).

ARTÍCULO. 3.°

DEL TRUEQUE Ó CAMBIO.

941. El trueque ò cambio, que tambien se llama permuta, es *un contrato por el cual se da una cosa cierta por otra tambien cierta* (2). Se diferencia de la venta en que por ésta se da precio en dinero contado y por el cambio nó, sino una cosa por otra (3); y en que la venta es válida aunque sea de cosa agena, lo que no sucede en el cambio (4).

942. Este contrato puede celebrarse de tres maneras: la primera por palabras simples sin otorgamiento ni promesa; la segunda por palabras recíprocas de ambos contrayentes que contengan promesa de verificar el cambio; y la tercera es cuando se hace el cambio por palabras, y la cumple uno de los dos ò ambos: y de la misma manera que los que venden, estan obligados los que cambian á la eviccion y saneamiento de lo que truecan.

943. Todos los que tienen potestad de comprar y vender, la tienen tambien de hacer trueques; y todas las cosas que pueden ser vendidas se pueden trocar, y al contrario. Pero para que se pueda verificar este contrato en las cosas eclesiásticas ha de intervenir licencia del prelado eclesiàstico en cuya diòcesis estan (5).

944. No se perfecciona el trueque hecho con palabras

(1) L. 13. tit. 11. lib. 5. de la Rec.
(2) Prol. y ley 1. tit 6 Part. 5.
(3) L. 1. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real.
(4) LL. 1. y 4. tit. 6. Part. 5.
(5) LL. 63. al fin, tit. 5. Part. 1., y 2. tit. 6. Part. 5.

simples hasta que ambos contrayentes se apoderan recíprocamente de las cosas que permutan, y aunque uno lo esté de la que le toca, sino entrega al otro la suya no queda perfecto, y puede disolverse, y por no entregarla no incurre en pena, á menos que en la escritura se la impongan, ó que el otro contrayente haya sido dañado (1)

945. Si el trueque se hace con palabras y promesas, y uno de los contrayentes comenzó á cumplir por su parte, está en su eleccion hacer que se efectúe el trueque, ó que el otro le pague los daños que se le irroguen, pues este contrato produce accion y obligacion civil, lo que no sucede cuando solamente se hace con palabras simples (2).

(1) LL. 2. tit. 11. lib. 3. del Fuero Real, y 3. tit. 6. P. 5.

(2) LL. 3. tit. 6. Part. 5., y 2. tit. 16. lib. 5. de Rec. * Lo contrario dice esta ley.

TÍTULO XXV.

DE LA LOCACION CONDUCCION.

946. El segundo contrato consensual es la locacion conduccion: por èl *se da el uso de alguna cosa por cierto tiempo, ó las obras por una cantidad determinada que sirve de paga* (1). Decimos que la locacion es *un contrato consensual*, porque se perfecciona por solo el consentimiento: se añade que por él solo se concede *el uso*, porque aqui no se trata de transferir el dominio ni que el otro contrayente reciba la cosa en guarda como en el depósito, sino de que el conductor use de la cosa por algun tiempo ó se aproveche de las obras. Finalmente, se dice que debe intervenir *alquiler* ó paga determinada, porque sino es asi no serà locacion conduccion, sino comodato, ú otro contrato innominado (2).

947. Por lo que hace à la division, este contrato se divide en locacion conduccion de cosa, y se verifica cuando se concede el uso de alguna por cierta merced; v. gr., una casa, un vestido; de obras cuando se hacen algunas mecánicas conviniéndose en el estipendio; como cuando un sastre cose un vestido por tantos reales en que se convino; ó de obra cuando se promete hacer alguna por cierta merced; v. gr., si la Repùblica contrata con un arquitecto que le haga un puente por tantos pesos. Mas en estas especies de locacion se debe observar que las personas de los que conducen ó alquilan tienen diversos nombres: asi, el que toma alquilada una casa, se llama *inquilino*, el que un campo, se llama *colono ó arrendatario*, el que tributos ò alcabalas *publicano*, y el que obras *redemptor*.

948. A mas de esto nuestras leyes distinguen *arrendamiento*, *flete* y *alquiler*. Arrendamiento se dice la paga

---

(1) L. I. tit. 8. Part. 5.

(2) La misma ley 1. en el medio.

que se da por el uso de una heredad: flete la que se da al dueño de un navío por transportar algunos bienes en él de un lugar á otro; y alquiler la paga que se da por el uso de cualquiera otra cosa (1). Generalmente hablando en este contrato el que da la paga se llama *conductor*, y el que la recibe *locador*.

949. Pasemos â los requisitos esenciales de este contrato, que son del todo semejantes à los de la compra y venta. Asi, pues, como para ella eran necesarias tres cosas, à saber, consentimiento de las partes, cosa cierta y precio, del mismo modo para la locacion conduccion se requiere consentimiento, cosa ú obras que se presten, y alquiler ô merced. Para mayor claridad trataremos separadamente de cada uno de estos requisitos.

950. El primero es el consentimiento, porque, como hemos dicho, este es un contrato consensual que recibe su perfeccion por solo el mûtuo consentimiento, de donde nacen los consectarios siguientes: 1.° Que nace la obligacion y accion de este contrato al momento que convienen entre sí las partes acerca de la cosa, y de la merced ó alquiler. 2.° Que pueden celebrar este contrato todos aquellos que pueden comprar y vender, porque pueden disponer libremente de sus cosas (2). Pero á los caballeros y oficiales de la corte está prohibido tomar en arrendamiento heredades agenas (3), porque no se aparten del servicio del Rey à que estan destinados. Asimismo los consejeros, oidores, alcaldes de corte, contadores mayores, sus oficiales y los de la real casa, comendadores, alcaides, regidores, alguaciles, oficiales del consejo, y otras personas poderosas, no pueden ser conductores, ni recaudadores de rentas reales, ni los concegiles de las ciudades en que ejercen sus oficios (4).

---

(1) L. 1. tit. 8. Part. 5.
(2) L. 2. tit. 8. Part. 5.
(3) Dicha ley 2.
(4) LL. 12. tit. 4. lib. 3., y 4. tit. 5. libro 7., y 4. 5. 7. y 9. tit. 10. lib. 9. Rec.

951. Otro requisito esencial para la locacion es la cosa ú obra que se alquila. Tales son todas las que están en el comercio, sean muebles ò raices, y aun mas las cosas eclesiàsticas y las que pertenecen al patrimonio de la ciudad. 1.º Pero las cosas que han de servir de materia à este contrato no deben ser fungibles, pues entonces no serâ el uso el que se concede solamente, sino tambien el dominio. 2.º Puede darse en locacion toda especie de obras con tal que sean honestas (1); pero no las liberales ó que se ejercitan con el ingenio, porque estas no admiten estimacion; y asi, no se dice que alquilan su trabajo los profesores de ciencias, ni los abogados.

952. El tercer requisito esencial de este contrato es la merced ô alquiler. Mas asi como deciamos, tratando de la compra y venta, que el precio de ella debe consistir en dinero contado, del mismo modo el alquiler en la locacion conduccion. De suerte que convinièndose los contrayentes en que la paga se haga en otra cosa que no sea dinero efectivo, v. gr., en frutos ò en ganado, ya no serâ locacion, sino contrato innominado que podrá ser *do ut des*, ó *do, ut facias* (2). Pero sí lo seria si despues de haberse tratado y concertado la paga que se habia de hacer en dinero, quisiese recibir otra cosa el locador, pues entonces no se variaria la naturaleza del contrato. Del mismo modo, asi como en la compra y venta el precio debe ser verdadero, justo y cierto, asi tambien el alquiler en la locacion conduccion debe ser verdadero, porque sino degenerará en donacion ó comodato. Debe ser justo, porque sino habrà accion para rescindir el contrato (3). Finalmente, debe ser cierto, ó por sì ó por relacion à otra cosa; v. gr., te alquilo por la paga que Ticio estimare justa (4). La razon es,

(1) L. 3. tit. 8. Part. 5.
(2) L. 1. de este tit.
(3) L. 1. tit. 11. lib. 5. Rec.
(4) L. 1. tit. 8. Part. 5.

porque de otra suerte no convendrian los contrayentes en una misma cosa.

953. Para que el importe del alquiler ó paga sea justo se debearreglar à las leyes ò costumbre del lugar, y sino la hubiere se deberá hacer una convencion equitativa entre las partes (1). Y por lo que hace á los jornales de los obreros está dispuesto que se tasen por los concejos, y que se les paguen cada dia, si ellos lo pidieren (2).

954. Pasemos ahora á la obligacion que nace de este contrato, lo que trataremos en varias conclusiones. 1.ª *El locador debe dar el uso de la cosa prometida.* 2.ª *El conductor debe pagar el alquiler ó pension al tiempo señalado, y no habiêndole, al fin del año* (3). 3.ª *No pagando al plazo tratado puede el locador quitar la cosa al conductor, y para ser satisfecho tiene hipoteca tácita en los bienes que hâllare en la cosa ó fundo arrendado* (4). Mas siendo puntual en pagar, no puede ser desposeido de la casa alquilada, sino es en cuatro casos: 1.° Cuando al locador se le cae la casa en que mora ò no tiene otra, ó està enemistado en aquella vecindad, ó si casase á alguno de sus hijos, ó los hiciere caballeros. 2.° Si despues de alquilada apareciere que amenazaba ruina sino se reparaba. Pero en estos dos casos debe el dueño de la casa dar al alquilador otra en que more, ó descontarle del alquiler tanta parte cuanta importe el tiempo que deje de alquilar en ella. El 3.° cuando el alquilador usase mal de la casa con perjuicio de la vecindad. 4.° Cuando hubiese sido el contrato para cuatro ò cinco años, con condicion de dar la paga determinada cada año y pasaren dos sin pagarla (5) (*) 5.° *Ambos contrayentes es-*

(1) Véase la L. 4. tit. 8. Part. 5.
(2) LL. 3 y 4. tit. 11. lib. 7. Rec.
(3) L. 4. tit. 8. Part. 5.
(4) L. 5. tit. 8. Part. 5.
(5) L. 6. tit. 8. Part. 5.
(*) En Buenos Aires gobierna la siguiente ley en materia de alquileres.

Art. 1.° *En todos los inquilinatos de casas, cuartos, tiendas, &c. que*

tán obligados á la culpa leve por ser este un contrato que cede en utilidad los dos (1). Pero estará obligado á la culpa levísima el que se ofreciese á transportar de un lugar á otro alguna cosa fácil de derramarse, como vino, aceite; ó de quebrarse, como cristales ó mármoles; ya si deberá poner para el transporte todo aquel cuidado y diligencia que pondria un hombre exactísimo (2).

955. 6.° *Al caso fortuito nunca estará obligado el conductor, sino es que le quiera tomar en sí, ó venga por su culpa* (3).

956. Si los frutos se destruyeren ó perdieren por caso fortuito, como son lluvias escesivas, gran sequedad, avenidas de rios, granizo &c., ó por otra causa semejante, nada debe pagar el conductor por el arrendamiento de aquel año; pero si recoje algunos frutos, está en su eleccion dar al locador todo su importe, ó si no entregarle los frutos que haya logrado, deducidas las espensas hechas en sus labores. Mas si la pérdida viniese por su culpa, como si fuese por labrar ò custodiar mal la heredad, ó por espinas ó malas yerbas que en ella nacieren, ò porque dió causa à que algun enemigo suyo los quemase por venganza, ó los talase y robase, debe satisfacerle enteramente; y el peligro y daño será de su cuenta; y no de la del locador (4).

957. A mas del caso dicho deberá el conductor pagar el arrendamiento, aunque no se logren los frutos, si de dos

---

se hiciesen desde la publicacion de esta ley sino fuesen contratados por escrito, el inquilino no tendrà derecho á resistir el desalojo del propietario cualquiera que sea la causa que alegue para pedirle la finca.

Art. 2.° *En los casos de que habla el artículo anterior el inquilino tendrá cuarenta dias de término que deberàn correr desde el dia que se señale por el juez á quien corresponda conocer en la demanda.* (L. de 26 de Agosto de 1825. Reg. Ofic. lib. 5. n. 6.)

(1) L. 7. tit. 8. Par. 5.

(2) L. 8. del mismo tit.

(3) Dicha ley 8.

(4) L. 22. tit. 8. Part. 5.

años, v. gr., por los que tomó el fundo, en el uno de ellos recojiese tan abundantemente, que alcanzase para satisfacer las espensas hechas en los dos; lo cual se debe entender cuando la abundancia viniese por acaso, y no por industria estraordinaria del conductor.

958. Si el arrendador ó arrendatario murieren dentro del tiempo que debe durar el contrato, las obligaciones recìprocas pasan á los herederos de entrambos, si no es que fuese locacion conduccion de obras, ó si la cosa arrendada fuese el usufructo de una heredad, pues todo lo que es personal espira con la persona (2).

959. Resta tratar de las acciones que nacen de este contrato, las cuales se llaman como él, *de locacion conduccion.* Una y otra es directa, porque tanto el locador como el conductor se obligan desde el principio por la misma naturaleza del contrato: el primero á dar el uso de la cosa, ò á practicar las obras prometidas; y el segundo á pagar la pension ó alquiler.

(2) LL. 2. y 3. tit. 8. P. 5.

APENDICE.

DE LOS CENSOS.

960. Aunque esta palabra *censo* tiene diversos significados, aqui se toma por *un derecho de percibir cierta pension ó rédito anual, procedente de la translacion del dominio de alguna cosa hecha â favor de aquel que queda obligado â pagar el rédito.*

961. El censo, asi definido en general, se divide en enfitéutico, consignativo y reservativo; y de cada uno trataremos separadamente.

ARTÍCULO 1.°

DEL CENSO ENFITEUTICO.

962. Censo enfitéutico ó enfiteusis es *un contrato consensual por el cual se conviene uno en dar â otro perpètuamente ó para largo tiempo el dominio útil de alguna alhaja raiz por cierta pension anual, que se debe pagar en reconocimiento del dominio directo que queda siempre en el que concede el enfiteusis* (1). Decimos que es *un contrato consensual*, porque por solo el consentimiento está perfecto; y asi aunque se requiere escritura, es como una condicion necesaria para la constancia del contrato, y sin la cual no vale por nuestro derecho, pero no porque sea contrato literal (2). Decimos que es un contrato por el cual *se promete entregar el dominio ûtil*, porque no nace el dominio de solo el contrato, sino que el enfiteuta se hace señor por la subsiguiente tradicion. Finalmente, se añade en la definicion que se debe pagar cierta pension en reconocimiento del dominio

---

() L. 28. tit. 8. P. 5.ª y veanse las leyes 3. tit. 14. P. 1. y 69. tit. 18. P. 3.

(2) Dicha ley 28. del propio tit. y P.

directo; en las cuales palabras se debe notar la diferencia que hay entre la locacion conduccion y el enfiteusis. El conductor paga alquiler, y el enfiteuta pension. El alquiler debe ser proporcionado à los frutos y utilidades que produce la cosa: la pension por lo regular es bien corta. El primero se paga por el uso de una cosa agena; y la segunda se da de una cosa propia y en reconocimiento del dominio superior ò directo que reside en el que concede el enfiteusis.

963. Hemos visto que es enfiteusis: veamos ahora cuales son los derechos del enfiteuta. Estos consisten, parte en la facultad de disponer de la cosa y enagenarla, y parte en percibir los frutos y vindicarla. Sea, pues, el 1.º que el enfiteuta percibe todos los frutos hasta los estraordinarios, como los tesoros, porque es señor de todas las utilidades. 2.º El enfiteuta puede enagenar y vender la cosa, pero con la condicion de que antes de venderla lo avise al señor del fundo (1). Mas esta noticia no se le da porque se requiera su consentimiento, sino porque tiene derecho para comprarla primero que otro alguno; y asi, sino declara su voluntad dentro de dos meses, puede el enfiteuta venderla á quien quisiere, con tal que sea persona que pague el censo con la misma puntualidad que el primer enfiteuta; pero en ese caso tiene el señor derecho al laudemio, que es la cincuentena parte del precio por el cual se vende la cosa, ó menos, segun se haya pactado en la escritura de otorgamiento del enfiteusis (2). 3.º Asi como el enfiteuta es señor de todas las utilidades y frutos de la cosa, asi debe sufrir sus cargas y pagar los tributos que tenga impuestos 4.º Finalmente, siendo uno de los efectos del dominio que el señor pueda vindicar la cosa de cualquiera poseedor, se sigue que el enfiteuta tiene el mismo derecho; y asi puede vindicar el fundo aun del mismo señor del enfiteusis, en cu-

(1) L. 29. tit. 8. P. 5.
(2) Dicha ley 29. tit. y P.

yo caso se entiende que vindica el dominio ùtil del señor del dominio directo à quien no pertenece.

964. Las obligaciones del enfiteuta consisten : 1.° en pagar el cánon ò pension anual en el tiempo y modo pactado (1). De otra suerte perderá su derecho: con esta diferencia, que si el señor del enfiteusis es iglesia, monasterio ù órden, bastan dos años para que pueda ser privado de su derecho, y si fuere lego se requiere que en tres años contínuos no pague la pension; pero si el enfiteuta ocurre â satisfacerla dentro de diez dias, está obligado el señor del dominio directo à recibirla, y no debe ni puede tomarle la alhaja con pretesto de comiso en este caso (†) 2.° Debe el enfiteuta pagar la pension, aunque por esterilidad, fuego, ó por otra causa no perciba frutos de la heredad; al contrario de lo que dijimos tratando de la locacion conduccion. La razon de la diferencia consiste en que el alquiler en la locacion conduccion se paga por el uso de una cosa agena, el cual cesando, debe tambien cesar el alquiler; mas el cànon ó pension se paga por el enfiteuta en reconocimiento del dominio directo que reside en el señor, el cual debe reconocer, perciba frutos ó nò; luego en todo caso debe pagar la pension. De aqui mismo se infiere que pereciendo todo el fundo por terremoto ó por inundacion, cesa la obligacion de pagar la pension, pues de una cosa que ya no existe no hay señor, ni tampoco dominio que reconocer (2); pero permanecerá la obligacion, segun nuestro derecho, con solo que quede salva la octava parte del fundo en que consiste el enfiteusis.

965. Los modos por los cuales se acaba este contrato se deducen de su misma naturaleza. El 1.° es la pèrdida total de la cosa, de que ya hemos hablado. El 2.° es la consolidacion ; y asi, sea que el señor directo adquiera el dominio ùtil, sea que el señor de éste adquiera el directo,

(1) L. 28. tit. 8. P. 5. * y ley 3. tit. 14. P. 1.

(†) L. 3. tit. 14. P. 1.

(2) Dicha ley 28. al medio.

se acaba el enfiteusis por consolidarse ò unirse en una sola persona ambos dominios. El 3.° por prescripcion; de suerte, que si el enfiteuta no paga la pension ó cánon el tiempo de diez años, estando presente el señor y no reconviniéndole, ò veinte estando ausente, adquiere el domino por prescripcion. El 4.° es la tardanza en pagar el cánon ó pension, en cuyo caso, pasando el tiempo prefinido por derecho, puede el señor apoderarse de la cosa, segun hemos dicho ya (1). El 5.° es por enagenacion de la finca sin noticia del señor, por cuyo motivo cae en comiso, y el señor directo puede retraerla dentro de los nueve dias siguientes á la celebracion de la venta. (2).

966. Las acciones que nacen de este contrato son dos, y ambas directas, porque uno y otro contrayente queda obligado desde el principio por la naturaleza del contrato: el señor à entregar el fundo, y el enfiteuta á pagar la pension. A mas de esto, como es contrato nominado, las acciones tienen su mismo nombre.

ARTÍCULO 2.°

DEL CENSO RESERVATIVO.

967. Este censo se verifica *cuando uno da â otro una cosa raiz transfiriendo en él todo el derecho que tiene á ella, esto es, el dominio directo y ûtil, reservândose una pension anual en frutos ó en dinero, que deberá pagar el que recibe la cosa, â quien llaman censatario.*

968. Entre este censo y el enfitéutico hay varias diferencias (†) La 1.ª que por este se transfieren ambos dominios directo y útil, y por el enfiteusis solo el útil pasa al enfiteuta, quedando el directo en el concedente. La 2.ª diferencia

(1) Véase la cit. ley 28. tit. 8. Part. 5.

(2) Dicha ley al fin, y la 13. tit. 11. lib. 5. Rec., y Febrero tom. 2. p. 269 núm. 5.

(†) Véase á Covar. Var. cap. 7. núm. 7,

es que en el enfiteusis, si en dos ò tres años no paga la pension el enfiteuta, cae la cosa en comiso, esto es, vuelve el dominio útil al señor directo; mas en el censo reservativo no sucede así, aunque no se pague la pension en muchos años. Pero si al tiempo de constituir el censo se pusiere la condicion de que no pagando el censatario en algunos años caiga la cosa en comiso, valdrá por ser conforme à derecho (1). La 3.ª diferencia entre el enfiteusis y el censo reservativo es que en el primero no puede el enfiteuta vender la cosa sin requerir al señor directo, pena de comiso; y à mas de esto està obligado á pagar laudemio del precio de la venta, todo lo cual falta en el censo.

969. Aunque las tres diferencias ya esplicadas aclaran bastante la naturaleza de ambos contratos, sucede algunas veces que se dude si el contrato celebrado es de censo reservativo ó de enfiteusis. En este caso se deberâ decidir la cuestion haciendo una diligente observacion de las circunstancias, y atendiendo mas á la naturaleza y sustancia del contrato que á las palabras de la escritura, que suelen estar puestas con equivocacion por ignorancia del escribano. Pero si aun atendido todo quedare la duda en pie, se deberà juzgar el contrato antes de censo reservativo que de enfiteusis. La razon es, porque en caso de duda debe ser mejor la condicion del que posee cuando se trata de gravarle y no se le debe imponer mas carga que la que conste tener.

970. La justicia de este censo reservativo es bien clara, porque como el censatario adquiere el dominio de la cosa sin pagar precio alguno mas que la pension anual á que se obliga, es muy justo que la pague, para que se guarde entre ambos la igualdad que requiere la justicia conmutativa.

971. Puede crearse ó constituirse este censo no solo por convencion, sino tambien por testamento, como si un testador lega á otro una cosa raiz fructìfera, reservando una pension anual que se pague á sus herederos, ó à otro

(1) L. I. tit. 15. lib. 5. Rec.

que señale. Puede tambien fundarse ó perpetuo ó redimible, pues no hay razon que impida hacerlo de uno ú otro modo. Pero si se fundare absolutamente, de suerte que se dude de la mente del fundador, antes se deberá juzgar perpetuo que redimible, asi porque este censo de su naturaleza es perpetuo, como porque el antiguo señor de la cosa reservándose una pension, retiene el derecho á percibirla, el cual como sucede en lugar del dominio que tenia antes, debe ser perpetuo como lo era el mismo dominio (†).

972. Finalmente, como este censo se puede fundar redimible, segun hemos dicho, se redimirá ó estinguirá pagando el deudor al acreedor la cantidad en que hayan convenido, y si esta no la hubiesen pactado antes se graduará á arbitrio del juez. Mas como esta redencion es una verdadera venta del derecho de percibir la pension anual, se deberá pagar por ella alcabala, siempre que se verifique (1).

ARTÍCULO 3.º

DEL CENSO CONSIGNATIVO.

973. Este censo se llama asi porque se consigna ò funda sobre los bienes del que le concede, sin perder por esto el dominio, asi útil como directo, que tenia antes en los mismos bienes. Se ha disputado mucho acerca de lo lícito ò ilícito de este censo, como veremos despues.

974. Acerca del modo de fundarse, lo regular es que se concede por cierto precio consistente en dinero contado, y entonces es una verdadera compra y venta que causa alcabala desde que se celebra. Puede tambien concederse por otros títulos, como permutacion, donacion, ò en compensacion de algunas obras, ó por última voluntad; y segun varíe el título, variará mas ó menos su naturaleza. Por ahora trataremos de él como fundado mediante com-

(†) Sala Derecho Real. De los censos n. 12.

(1) Feb., tom. 2. pag. 311. n. 3.

pra y venta, asi porque de esta manera es mas frecuente, como porque esplicada su naturaleza bajo de este título, fácilmente se entenderá lo que se debe decir cuando la fundacion se haga de otro modo.

975. Se define, pues, el censo consignativo, que aprueban tanto las bulas pontificias como nuestras leyes, diciendo que es *una compra, por la cual uno, dando cierto precio sobre los bienes raices de otro, adquiere derecho de percibir una pension anual ù otro rèdito semejante, permaneciendo el vendedor del rèdito señor de todos sus bienes como antes lo era.* Se dice que el derecho se compra dando cierto precio, porque el censo no se perfecciona por sola la convencion como las demas compras, sino que requiere precisamente la numeracion ó tradicion, ya sea verdadera ó ficta (1).

976. En este censo, como se dice en la definicion, se compra el derecho de percibir un rèdito ó pension anual, mas no la misma pension; y asi, aunque por lo regular este censo se constituya en dinero, no por esto se puede decir que se da dinero por dinero, y que por consiguiente este contrato no es especie de compra, pues no es la pension lo comprado, sino el derecho á percibirla.

977. Se divide este censo, por razon de la cosa que se paga, en pecunario, cuya pension consiste en dinero, y en fructuario, que consiste en frutos, como trigo, vino, aceite &c. Pero este censo consistente la paga en frutos, está espresamente prohibido por nuestro derecho (2). Por razon del tiempo en que se hace la solucion, se divide en censo, cuya pension se debe pagar cada año ó cada mes, ó de otra suerte. Finalmente, por razon de la duracion se divide en perpétuo y temporal. Estas dos especies se subdividen: el perpétuo en irredimible, que es absolutamente

(1) En el censo vitalicio la exige verdadera la ley 8. tit. 15. libro. 5. R.

(2) L. 4. tit. 15. lib. 5. Rec.

perpétuo, por lo cual se le da este nombre; y en redimible, que se hace con pacto de volverse á vender, y se dice censo al quitar, el cual tambien se llama perpétuo porque no se acaba por tiempo determinado. El temporal se subdivide en uno que dura cierto número de años; v. gr., diez, veinte ó treinta, y en otro que se celebra para un número indeterminado, como es el de toda la vida del que compra, del que vende ò de otro alguno, y se llama vitalicio.

978. Otra division traen algunos del censo consignativo, en personal y real: personal llaman â aquel en que se obliga solamente la persona á pagarle, sin que se funde ni se deba de cosa alguna. Pero esta division es sospechosa, por ser mas cierto que no puede hacerse fundacion de censo en solo persona y no en cosa; y aunque algunos opinan que el dia de hoy estan aprobados los tales censos personales por una real cèdula (1) espedida à consulta de los cinco grêmios mayores de Madrid, no es con bastante fundamento, pues la mente de la real cédula solo es aprobar los contratos, por los cuales algunas personas, principalmente las ineptas para la negociacion, daban su dinero à los mercaderes para cierto tiempo en el que negociasen con el y le devolviesen con alguna moderada ganancia (a). Pe-

(1) Real cèd. de 10 de Julio de 1764.

(a) Para mayor claridad insertaremos aquí lo dispositivo de dicha cédula de 10 de Julio del año de 1764, que dice así: "Por los diputados de los cinco grémios mayores de Madrid se representó â S. M. que acostumbraban recibir en la caja comun de la diputacion destinada para el giro de sus comercios, algunos caudales de diferentes personas de todas clases, principalmente de viudas, pupilos, &c., y otros que destituidos de propia industria lograban por este medio valerse de la de los grémios, obligándose estos à volver el dinero dentro del tiempo que capitulaban, y á satisfacer en el ínterin el interes de un tres ò dos y medio por ciento: que en esta posesion y buena fê habian estado muchos años, asi los grémios como los particulares con noticia y conocimiento de los tribunales en los casos que ocurrieron de esta naturaleza, hasta que modernamente se introdujo en el pùblico alguna duda sobre la legitimidad y pureza

ro estos contratos en realidad no son de censo, sino de una cierta especie de compañía, en la cual los contrayentes dividen el logro que esperan de la negociacion, dando una pequeña parte de él al que dió el dinero, y tomando para sí lo restante el mercader; por lo que es evidente la justicia de semejante convencion.

979. En el censo consignativo se deben atender tres cosas, que son las principales. La 1.ª es, la suerte, ó el precio por el cual se compra, á que llaman *capital*: la 2.ª la pension o rédito que se paga; y la 3.ª la cosa sobre que se funda. Por lo que hace al precio ó capital, el Papa S. Pio V, por un *motu propio* espedido el año de 1569, mandó espresamente que consista en dinero contado. Mas aunque este no se recibió en España segun una ley de la Recopilacion (1), con todo, es mas conforme á nuestras leyes que debe consistir en dinero efectivo, pues de este modo se evitan los fraudes que son frecuentísimos en esta especie de contratos (2).

980. Se requiere tambien en el precio que sea justo, esto es, que la pension que se ha de pagar sea correspondiente al capital que se entrega y sirve de precio al censo. Esta proporcion se ha graduado con variedad, segun los tiempos

---

de estos contratos. Con presencia de todo lo ocurrido tuvo á bien S. M. mandar formar una junta compuesta de ministros autorizados, que por su caracter y sana doctrina merecian su real satisfaccion, para que examinasen muy seriamente la naturaleza de estos contratos, y los hiciesen examinar por hombres doctos; y habiéndolo ejecutado, conformándose con el dictámen uniforme de tantos hombres de integridad y sana doctrina, por decreto de 4 de Julio de 1764, señalado de su real mano, vino en declarar, para cortar todo motivo de duda, que son legítimos y obligatorios estos contratos, y mandar que como tales sean juzgados en sus tribunales.''

(1) L. 10. tit. 15. lib. 5. Rec.

(2) La ley 8. del mismo tit. 15. lib. 5. Rec., de donde se saca argumento para probar que debe ser el precio de todo censo en dinero contado.

y las circunstancias de los lugares. En España se ha graduado el tres por ciento (1), siempre que el censo sea redimible, pues en el perpetuo irredimible, como que es mas gravoso al vendedor, debe ser mayor el precio, es decir, debe ser menor la pension, y señalarse con atencion â los tiempos y provincias en que se funde.

981. Por lo que hace à la pension ó rèdito que se paga en el censo consignativo redimible, esta debe consistir tambien en dinero (2), y aunque en algunos reinos de España se habian fundado en fraude de la ley citada muchos censos con nombre de perpetuos ò irredimibles, en los cuales la pension no consistia en dinero, sino en trigo, vino ú otros frutos, se mandó por otra ley (3) que todos estos se reputasen redimibles; y asi los comprende la citada ley, la que aunque solo habla de los redimibles ò al quitar, parece deberse entender tambien de los irredimibles, porque los fraudes y daños que intenta impedir son tan frecuentes y aun mas graves en ellos.

982. Mas aunque esta disposicion es utilísima al pùblico, y tan general que comprende aun á los censos fundados antes de su publicacion, con todo, se halla permitida por otra ley (4) la costumbre de pagar las pensiones en frutos en los lugares donde la hubiere, lo que ofrece grandes dificultades por la variedad de los precios de los frutos.

983. Hay varias condiciones ò pactos que estan declarados por ilícitos ó usurarios en el censo consignativo, que esplicaremos aqui para mayor inteligencia de esta materia. El 1.° es, que el censo se constituya y funde sobre cosa mueble ò semoviente; y asi, debe imponerse sobre bienes de su naturaleza fructíferos y permanentes como son los raices (5), los cuales se han de gravar y obligar por especial hipoteca â su responsabilidad, para que el censualista ten-

(1) Ll. 15. y 16. tít. 15. lib. 5 de la Rec.
(2) L. 4. del mismo tít.
(3) L. 7. del mismo tít. 15.
(4) L. 16. tít. 15. lib. 5 Rec.
(5) LL. 1. y 2. tìt. 15. líb. 5. Rec.

ga contra quien repetir directamente, y sea preferido en ellos á otro acreedor. El 2.° pacto reprobado es, que el censatario deba pagar los reditos anticípados; el cual se prohibe porque es contra la justicia del contrato censual y para evitar fraudes y sospecha de usura; y asi, cumple el censatario con satisfacerlos luego que esten devengados. El 3.° es, que el imponedor se obligue directa ó indirectamente á los casos fortuitos, de suerte que aunque la alhaja perezca deba pagar el censo sin descuento de su principal ni rèdito. El cual pacto es contra la naturaleza del contrato censual; y asi, si la finca perece total ô parcialmente, debe perecer con igual proporcion la renta, y estinguirse su capital, y si en parte es infructìfera, ir en diminucion; y por ser contrato de compra y venta, luego que se perfecciona pertenece al comprador, que es el censualista, el daño que sobrevenga en la cosa (1).

984. Otro pacto que se reprueba en este contrato es el de que no se pueda enagenar la cosa sobre que se impone el censo; y asi, no se puede quitar ni restringuir al censatario la facultad de vender ni enagenar por contrato entre vivos ò última voluntad la cosa siempre que quiera, sin que tenga obligacion de pagar mas pension, sino solamente el mismo rédito; pero si serà justo que se ponga la claúsula de que no se pueda vender la cosa sin la carga del censo, pues de otra suerte el nuevo comprador no tendria obligacion de pagarle.

985. La condicion de retracto por la cual el censatario queda con obligacion de avisar un mes antes al censualista que quiere vender la alhaja, y requerirle si la quiere por el tanto, está permitida; mas no se puede añadir la pena de comiso, porque esta solo tiene lugar en el censo enfitéutico (2).

986. Falta ahora tratar de los modos por los cuales se

(1) *Motu propr. de S. Pio. V.* §. 10.
(2) § 6. de la Bula de Pio V.

estinguen los censos. El 1.° es, por destruccion de la cosa al cual es semejante: el 2.° que es por volverse la cosa del todo y perpetuamente infructífera, pues es lo mismo que si del todo se perdiese para el efecto de percibir frutos de ella; pero si la cosa pereciere, ó se hiciere infructuosa por dolo ó culpa del censatario, aunque siempre se estingue el censo por defecto de la cosa, con todo, puede el señor del censo repetir el precio, y los daños ó perjuicios que se le hayan seguido por el descuido ó dolo del poseedor (†).

987. Se estingue tambien el censo por volver la cosa al señor del censo. La razon casi es la misma que en la destruccion de la cosa; porque como el censo sea una carga pegada á la cosa á manera de la servidumbre, y que solo grava á la persona en cuanto la posee, se sigue que se librará luego que suelte la posesion de ella. El 4.° modo de acabarse el censo es por prescripcion de treinta años, esto es, cuando el poseedor de una cosa sujeta á censo la tiene todo ese tiempo con buena fé como libre de toda carga, lo que es conforme ã la ley de Recopilacion (1), que pide todo ese tiempo para prescribir ò estinguir las deudas que no nacen de méra obligacion personal, sino de mista ó con hipoteca, como es la de censo. Se exige á mas de esto la buena fé, porque esta en el dia parece necesaria aun en la prescripcion de treinta años.

988. Esta prescripcion que estingue el censo comienza à correr desde el tiempo en que del todo se suspendió la paga de los réditos ò pension, esto es, desde que el acreedor de ninguno los recibiò; porque aunque el poseedor no los pague, si lo hace aquel que contrajo con el acreedor, ú otro en su nombre, no se podrà decir ni aun comenzada la prescripcion. Ahora, si estinguido el censo por prescripcion se entiendan estinguidas tambien todas las pensiones, no solo del primer año, sino de los demas desde que no se pagó; ó si es necesaria una prescripcion para cada pension, es

(†) Sala derecho Real. De los censos n. 18. 39. y siguientes.
(1) L. 6. tit. 15. lib. 4.

cuestion de grande dificultad (†): Puede decirse á ella que por la misma prescripcion por la cual se estinguió el censo se prescribieron tambien las pensiones. La razon es, porque el censo es lo principal ò la raiz y orìgen de toda la obligacion, y las pensiones son una cosa accesoria que del todo son dependientes de él, y es constante que faltando lo principal falta lo accesorio.

989. Finalmente, los censos redimibles se acaban por redencion, esto es, cuando el acreedor vuelve ó paga la suerte, capital ó precio que recibió al tiempo de la fundacion, el cual modo es el mas sencillo y natural, pues lo es el que cada cosa se disuelva del mismo modo que se contrajo. Es libre, pues, el deudor de algun censo redimible para volver el precio que recibiò al acreedor, y de este modo estinguir el censo, no solo entregando la cantidad del todo en una vez, sino tambien por partes, aun cuando no quiera el acreedor, segun opinan varios autores; y la razon que tienen es, porque las estravagantes de Martino V. y Calisto III., que son bastante recomendables en esta materia, como que son las primeras disposiciones que dieron forma á estos contratos, establecen que se pueda hacer la redencion por partes (†). Mas porque por el nombre de parte de que usan dichas estravagantes se significa la mitad, y la facultad de redimir el censo por partes es contraria à la doctrina comunmente recibida en materia de pagas, en donde se asienta que la paga no se puede hacer por partes contra la voluntad del acreedor, es muy probable, como opinan algunos, que no es lícito al deudor de censo redimir parte menor que la mitad del capital.

990. A mas de esto asientan varios autores que no solo se puede hacer la redencion del censo por partes, sino que ni aun valdria el pacto de lo contrario, á no ser que este gravàmen se recompense con dar mayor precio

(†) Trátala estensamente Avendaño en el cap. 104.

(†) Vease à Avend. cap. 107, y á Vela, disert. 31. desde el n. 48.

del que tasan las leyes. La razon que tienen es, porque semejante pacto, como mas gravoso al acreedor, disminuye el precio dado, lo cual prohiben severamente nuestras leyes, cuya razon, como es de bastante peso, debe servir para improbar todos aquellos pactos que por ser demasiadamente molestos y gravosos producen el mismo efecto de disminuir el precio; lo que se deberá tener presente en esta materia para que no se haga algun contrato ilîcito ó usurario.

991. Finalmente, se debe advertir que la naturaleza del censo no permite que al acreedor se conceda facultad de obligar al deudor à redimir el censo cuando se le antoje pedîrselo, pues admitido esto, el censo degeneraria sin duda alguna en contrato de mùtuo, en el cual, pasado algun tiempo, se puede pedir la cantidad dada para cierto uso; de lo que resultaria que las pensiones que se pagasen serian usurarias, por no provenir de censo, sino de mútuo, en el cual está rigorosamente prohibido llevar algo sobre la suerte principal.

TÍTULO XXVI.

DE LA COMPAÑIA.

992. El cuarto contrato consensual es la compañia. Pero antes de que veamos su definicion es menester distinguirla de la comunion de cosas que tiene alguna semejanza con ella. Se distinguen, pues, en que la compañia es contrato, y la comunion de cosas *cuasi contrato*; y asi para aquella se requiere consentimiento verdadero, y esta puede acaecer aun invitas las partes, v. gr., si se dona á Ticio y à mì una casa. Del contrato de compañia nace accion de su mismo nombre, que es meramente personal; mas de la comunion de cosas nace la accion llamada *communi dividundo*, que es mista de real y personal. Supuesta esta distincion, veamos ahora la definicion de este contrato.

993. Es, pues, la compañía *un contrato consensual por el cual convienen entre sì los contrayentes en comunicarse sus bienes ô sus obras para utilidad comun*. (1). Decimos que es un *contrato consensual*, porque se perfecciona por solo el consentimiento, sin que sea necesaria escritura ni otra cosa; de suerte que habrá compañía luego que dos ó mas personas convengan en juntar su dinero, industria, trabajo ú otra cosa de precio estimable para su comun lucro, aun cuando no se haya verificado la tradicion.

994. La compañía se divide en universal, general y singular. La primera se verifica cuando los socios convienen en comunicarse todos sus bienes, tanto los presentes como los futuros, por cualquier tìtulo que sean adquiridos. Tal era la sociedad establecida entre los primeros cristianos que habia hecho comunes todos sus bienes, de suerte que ninguno tenia cosa que fuese suya solamente (2). General se llama la sociedad cuando los socios se comunican entre sì todo lo

(1) L. 1. tit. 10 P. 5.
(2) Act. Apost. cap. 4. v. 32.

que adquieren por el comercio, mas no lo que les venga de otra parte, ó por beneficio de la fortuna. Tal es la sociedad conyugal. Finalmente, compañia singular es aquella que se reduce á bienes y negocios señalados (1); y esta es frecuentísima entre los comerciantes.

995. La compañia se contrae por el consentimiento de los socios, segun hemos esplicado ya. Infiérese pues, de aqui: lo 1.° que vale la compañia desigual (2); y asi v. gr., si Ticio lleva à la compañia veinte mil pesos, y Sempronio solo diez mil, será tan válida como si cada uno llevase partes iguales. De la misma manera será legítima la compañia aunque uno solo ponga el capital, y el otro su trabajo ó industria solamente. Pero acerca de esto se debe advertir que las obras á que se obligan el socio ó socios han de ser lícitas y honestas, de otra suerte no valdrà la compañía (3); y asi, si uno de los socios promete emplearse en engañar á los compradores, ó en defraudar los tributos ó alcabalas, aunque logre grandes aumentos de esta manera, no habrá contrato de compañia (4). Finalmente, no es válida la sociedad llamada leonina, en la cual se pacta que toda la utilidad sea para uno, y nada de pérdida, ô al contrario (5); y se le diò este nombre con alusion à la fábula de Fedro (6), en la cual se cuenta que habiendo hecho compañìa un leon con el asno y la zorra para cazar, se llevó él solo toda la presa.

996. No obstante lo dicho, si alguno ò algunos de los socios fueren mas hábiles, ó estuvieren mas instruidos en el manejo y direccion de aquel negocio en que han de comerciar, ó tuvieren mayor trabajo, ò se espusieren à mayores riesgos que los consocios, podrán pactar que les toque mas par-

(1) L. 3 tit. 10. P. 5.
(2) L. 4. tit. 10. P. 5.
(3) L. 2. del mismo tit.
(4) Arg. de la ley ya citada.
(5) L. 4. al fin, tit. 10. P. 5.
(6) Fàbula 5. lib. I.

te en la utilidad, ó que si hubiere pèrdida no les dañe, el cual pacto en estas circunstancias será vàlido (1).

997. Síguese ver la obligacion que tienen los socios, la cual se reduce á dos capítulos. 1.° Que un socio para con otro está obligado à prestar cierta diligencia en el cuidado de la cosa comun. 2.° Que la utilidad y el daño se divida con equidad entre todos los socios. Por lo que hace a la primera obligacion, se debe notar que el socio está obligado á la culpa leve; pero con esta advertencia, que para computar dicha culpa leve no se considera la diligencia que suele poner un buen padre de familias cuidadoso de sus cosas, sino la que el socio pone en sus propios negocios (2). La razon es, porque á sí mismo se debe imputar su daño ó pérdida el socio que contrajese con un hombre descuidado ó negligente.

998. Es tanta la union que debe haber entre los socios, que el derecho quiere se vean como hermanos; y asi les concede el beneficio de competencia, esto es, que por razon de deuda no puede el uno reconvenir al otro mas que en lo que pueda, quedándole lo preciso para mantenerse (3). A mas de esto, si alguno de los socios tomase alguna cosa de la compañia sin noticia de los demas, no debe ser reconvenido por razon de hurto, á no ser que hubiese pruebas evidentes de ello (4).

999. La otra obligacion de los socios consiste en la igual division de la utilidad y del daño. Pero esto no tiene lugar en la sociedad universal, en la cual no se requiere igualdad; y asi, si Ticio tiene de caudal cincuenta mil pesos, y Mevio doce mil, y aquel necesita de gastar dos mil pesos todos los años para el sustento de su familia, y este tres mil, ninguno se puede quejar de la desigualdad del gasto, habiendo contraido compañia universal. Mas en la

(1) L. 4. tit. 10 P. 5.
(2) L. 7. al fin. tit. 10. P. 5.
(3) L. 15. tit. 10. P. 5.
(4) L. 17.

sociedad singular sin duda alguna se debe guardar igualdad, con estas distinciones: 1.ª Que si al tiempo de celebrar el contrato determinaron la parte de utilidad y de daño que les debe tocar, esto es lo que valdrá, aunque las partes sean desiguales (1). Mas si nada se pactó, antes se guardarà proporcion geométrica, esto es, cuanto mas de capital puso uno, tanto mas llevarà de utilidad y de daño (2). Esta proporcion la sacan los aritméticos con la regla que llaman de compañia; v. gr., si Ticio puso diez y ocho mil, Mevio nueve mil, y Sempronio tres mil, y con toda esta suma ganaron quice mil, ¿Cuanto le tocará á cada uno?

1000. Si uno de los socios pone el dinero ò la materia, y otro el trabajo, participarâ de la ganancia segun el pacto que preceda, el cual deberà dar la ley; pero disuelta la sociedad nada tomará de la suerte principal, porque nada puso de suyo.

1001. Hemos dicho de que modo se contrae la compañia, y las obligaciones de los socios: veamos ahora como se disuelve. Para esto hay muchos modos 1.° Por muerte aunque sea de uno de los socios, y ya sea natural ó civil (3) 2.° Otro modo es el mútuo disentimiento, por ser cosa muy natural que se disuelva un contrato del mismo modo que se celebrò. 3.° El tercer modo es la renuncia de alguno de los socios; pero si èsta se hizo antes del tiempo convenido, ò antes de fenecerse el negocio para que se formó la compañia, debe satisfacer á los otros los daños y perjuicios ocasionados por este motivo (4).

1002. Este modo de disolverse es particular en el mandato y sociedad, en cuyos contratos puede uno apartarse de la obligacion invito el otro. En el mandato es la razon porque se elige la industria de la persona, y si esta no se en-

(1) L. 4. tit. 10. P. 5.
(2) L 3 del dicho tit.
(3) L. 10. tit. 10. P. 5.
(4) L. 11. tit. 10. P. 5.

cuentra en la elegida, es necesario revocarle. En la sociedad ademas de esta milita otra razon, y es porque este contrato es orígen de muchas discordias, y asi las leyes favorecen la libertad de cada socio antes que dar ocasion á pleitos y mayores daños. A que se agrega que de ningun provecho seria à los demas de la compañia el tener un socio contra su voluntad.

1003. Esta renuncia no debe ser dolosa, pues probada tal se hacen comunes las ganancias desde aquel dia entre los otros, y las pérdidas son particulares al que renunció con engaño (1). 4.° El cuarto modo es por acabarse el negocio á cuyo efecto se contrajo la sociedad, ó el tiempo porque se contrajo. 5.° El quinto es, por hacer cesion de bienes uno de los socios hallándose cargado de deudas. 6.° El sesto por destruccion de la cosa que era objeto de la compañia (2). Y el último por mala condicion ó genio de uno de los socios, ó por no guardarse los pactos del contrato (3).

1004. La accion que nace de este contrato se llama *pro socio*, porque de un contrato nominado, cual es la compañia, debe nacer accion de su mismo nombre. Es directa por ambas partes, porque segun la naturaleza del contrato, desde el principio queda obligado un compañero al otro; y asi se da esta accion á cada uno, à efecto de conseguir del otro todo aquello á que está obligado por razon de este contrato.

(1) L. 12. tit. 10. P. 5.
(2) L. 10. tit. 10. P. 5.
(3) L. 14.

APENDICE.

DE LA

SOCIEDAD CONYUGAL.

1005. Esta compañía, que es especial en el reino de España, se introdujo con atencion á la union íntima é indisoluble que proviene del matrimonio. Nace, dura y se estingue con él, sin que tenga lugar en otros que entre el marido y muger legítimos.

1006. Dicha compañía, establecida por las leyes (1), hace que se comuniquen por mitad entre los dos cònyuges todos los bienes que adquieren ambos durante el matrimonio (2). Diferênciase esta compañía de las demas por la causa que la produce, la cual no es la convencion, sino la ley. Fuera de esto la sociedad conyugal, á distincion de las otras, no comprende los bienes adquiridos por los cònyuges antes del matrimonio, sino solamente los que ganaren despues, y aun de estos se esceptúan algunos, como veremos mas adelante.

1007. En fuerza de esta sociedad todos los bienes que tuvieron y poseyeron marido y muger durante el matrimonio son y deben reputarse de ambos por mitad, salvo los que cada uno justificare ser suyos separadamente (3). A mas de esto, todo lo que ganaren ó compraren en dicho tiempo lo deben haber por mitad, aun cuando fuese donacion que el Rey les haya hecho à ambos; pero no si fuese hecha á uno solo (4). Tiene lugar esta particion de ganancias y utilidades aun en el caso de que el marido

(1) Todo el tit. 9. lib. 5. R.

(2) LL. 4. y 5. tit. 9. lib. 5. R., y leyes 1. y 3. tit. 3. lib. 3. del Fuero Real.

(3) L. 1. dicho tit. 9. lib. 5. R.

(4) L. 2. tit. 9. lib. 5. R.

tenga mas bienes de patrimonio que la muger, ó esta mas que aquel; pero siempre quedarà la propiedad de donde vinieren los frutos, en aquel cuya fuere, ó sus herederos (1).

1008. Asi mismo las mejoras que se encontraren en cualesquiera bienes de marido ô muger al tiempo de la separacion de su matrimonio, desde el dia que lo contrajeron, asi industriales como naturales (que son las que el tiempo les hubiere dado), son comunicables entre marido y muger como bienes gananciales (a).

1009. Pero hay varios casos en que no se comunican á los casados todos, ó algunos de los bienes que adquieren durante el matrimonio. El 1.° es por divorcio, pues en este caso el que hubiere dado motivo á él, nada participarà de las ganancias (2). El 2.° cuando cometen delito de lesa magestad, ù otro por el que segun derecho deben perderlos, ò se apartan de la religion católica; (3) pero en estos casos solo el delincuente perderá su mitad, y se reputan por gananciales todos los aumentos hasta que por el crimen se declaran por perdidos, aunque este sea de tal calidad que *ipso jure* incurra en la pena el que lo comete [4]. Mas si la muger cometiere adulterio, ò se volviere mora ó judía, ò de otra secta, no solo perderá los gananciales, sino su do-

---

(1) L. 4. tit. 9. lib. 5. R.

(a) Aunque el autor computa el aumento intrínseco de las cosas en la clase de bienes superlucrados para su division entre el marido y la muger, la sentencia mas comun y corriente es que el tal aumento cede á favor del dueño de la cosa: no proviene por industria ó trabajo, sino por el tiempo. Proviene de causa anterior, que es el dominio particular é inseparable de la especie, y sigue al señor de la misma. Asi se esplica el Sala en su apéndice *de societate legali inter conjuges*, tit. 26. lib. 3. de sus comentarios á la instituta, y concuerdan Matienzo, Gomez, Covarrubias, Gutierrez y Molina en los lugares que cita.

(Del Editor Español.)

(2) Gomez en la ley 50. de Toro, n. 72.

(3) L 6 tit. 26. P. 7.

(4) LL. 10. y 11. tit. 9. libro 5. Rec.

te y arras (1). Lo mismo se deberà decir en el caso de que contra la voluntad de su marido se vaya á la casa de algun hombre sospechoso, porque se presume adúltera (2).

1010. El 3.° cuando uno de los dos adquiere algunos bienes por donacion que separadamente le haya hecho el Rey ú otro alguno, ó por sucesion, por testamento ò ab-intestato de sus parientes (3). El 4.° cuando son castrenses, ó provienen de salario ò estipendio militar; pero si estos los adquirieren ò sirvieren á espensas de ambos, serân comunes, porque son frutos suyos, y estos, de cualquier calidad que sean, se comunican entre los casados (4). El 5.° cuando el marido enagena, algunos de los gananciales ô todos: lo que puede hacer sin consentimiento ni licencia de su muger, no siendo castrenses ni cuasi castrenses, por no tener esta uso de su dominio hasta que su marido muere (5). Mas si por la enagenacion se prueba que la hace por dolo por damnificarla, se la comunicaràn, pues tiene accion para repetir su mitad, justificando el dolo con que procedió el marido.

1011. El 6.° cuando la muger vive deshonestamente estando viuda, pues por esto pierde los gananciales, debe restituirlos á los herederos de su marido, y viene á ser lo mismo en efecto que si no los hubiera adquirido (6). El 7.° cuando la muger renuncia los gananciales antes ó despues de haberse casado (7). El 8.° cuando el marido hace reparos y mejoras en la fortaleza y cercas en las ciudades, villas, lugares, casas y heredamientos de su mayorazgo; pues la muger, sus hijos, herederos y sucesores no tienen derecho

---

(1) LL. fin tit. 2. lib. 3. del Fuero Real., 23. tit. 11. P. 4., 15. tit. 17., 6. tit. 25. P. 7., y 11. tit. 9. lib. 5. de la Rec.

(2) L. ùlt. tit. 2. lib. 3. del Fuero Real., y 15. tit. 17, P. 7.

(3) LL. 1. y 3. tit. 9. lib. 5. R.

(4) L. 5. de dicho tit.

(5) L. 5. tit. 9. lib. 5. de la R.

(6) L. 5. tit. 9. lib. 5. R.

(7) L. 9. del mismo tit.

á pedir la mitad de ellas, que como gananciales debian tocarles, ni el del mayorazgo está obligado á darles cosa alguna, porque se consolidan con su propiedad. Y el 9°. cuando algunos de los conyuges lleva solamente en propiedad al matrimonio una ó mas alhajas fructiferas de que un tercero tiene el usufructo, y por muerte del usufructuario recae este en el dueño de aquella; porque como trae la causa de pretérito, proviene de la misma porque se adquirió la propiedad, y se consolida con esta; y asi, no tiene estimacion el usufructo adquirido en estos tèrminos, ni es comunicable al otro cônyuge, pero los frutos que las tales alhajas produjeren se comunican y deben servir para ayudar á superar las cargas del matrimonio (1).

1012. Puede tambien pertenecer de algun modo á esta sociedad que hay entre el marido y la muger lo que disponen varias leyes de la Recopilacion, pues arreglan el manejo de estos socios. Lo 1.° que la muger no pueda sin licencia del marido aceptar ni repudiar la herencia que le pertenezca sin beneficio de inventario (2). 2.° Que tampoco pueda celebrar ningun contrato ni cuasi contrato, ni apartarse del ya celebrado sin la dicha licencia, como tampoco presentarse en juicio, tenièndose por nulo cuanto haga sin este requisito (3). 3.° Que pueda el marido dar licencia á su muger para todas las cosas referidas, y que precediéndo esta, ó siguiendose por ratihabicion, valga todo lo que hiciere (4).

(1) LL. 4. y 5. tit. 9. lib. 5, Rec.
(2) L. 1. tit. 3. lib. 5. Rec.
(3) L. 2. de dicho tit.
(4) LL. 3. y 5. tit. 3. lib. 5. R.

TÍTULO XXVII.

DEL MANDATO.

1013. La última especie de contratos consensuales es el mandato, cuya naturaleza, divisiones y propiedades investigaremos en este título. Es, pues el mandato *un contrato consensual, por el cual se obliga uno á tratar ó administrar gratis un negocio lícito y honesto que se le ha encomendado por otro* (1). Decimos que es *contrato*, aunque antiguamente no lo era, sino un mero encargo que no producia una perfecta obligacion que se pudiese deducir en juicio; pero si era una obligacion imperfecta, y hacia contra la honestidad y contra la ley de la amistad el que no cumplia lo prometido á su amigo. Asi se practicó en los principios, como refieren algunos autores (2). Pero despues, aumentàndose mas y mas la mala fé entre los hombres, fue necesario dar al mandato la naturaleza de un verdadero contrato, y en su virtud conceder accion que se pudiese deducir en juicio. Es, pues, un verdadero contrato consensual que requiere el consentimiento de ambos contrayentes; y asi, el que administra los negocios de otro ignorante no se dice que cumple un mandato, ni que esto lo hace en virtud de un contrato, pues no hay consentimiento, sino que solamente interviene un cuasi contrato, á que llama el derecho *negotiorum gestio*. A mas de esto, se dice *que nos obligamos â administrar un negocio honesto que otro nos encomienda en confianza*, porque si no es de esta suerte por estar el que obedece bajo la potestad del que manda, no serâ mandato del que hablamos, sino *precepto* que produce obligacion por otros principios. Si no se manda, sino que solamente se procura persuadir à otro que haga alguna cosa dejándole en libertad para hacerla ò no, será *con-*

(1) L. 20, tit. 12 P. 5., y la 25. dicho tit. y P.

(2) Hein. en este tit. y en sus Antig. Rom. citando á otros.

sejo, el cual no produce obligacion, como ni tampoco la *recomendacion* que se hace en favor de un tercero, no constando de la intencion de obligarse. Finalmente, se añade que ha de ser *gratis*, porque si el negocio ageno se administra por paga, no será mandato, sino locacion ú otro contrato innominado.

1014. Hasta aquí hemos esplicado lo que es el mandato: veamos ahora de cuantas maneras puede ser. Uno se llama espreso, porque se hace con palabras ó proferidas con la boca ó escritas, y otro tàcito, que se colige por hechos que demuestran él consentimiento; v. gr., si uno ve que otro administra sus negocios, y calla ó deja que prosiga, es lo mismo que si se lo mandase. Podemos añadir otro tercer miembro, este es el mandato *presunto*, que se colige de la union ô parentesco; v. gr., si el marido administra los negocios de su muger, pues aunque no tenga mandato se presume que le tiene. Pero en estos casos el derecho siempre exige caucion de que lo hecho se tendrá á bien (†). Se divide tambien el mandato en general, por el cual se cometen á otro todos los negocios que pueden ocurrir, y especial cuando se comete uno solo. El primero suele darse con libre, franca y general administracion, y con facultad de poder hacer todo lo que el mandante por sí mismo haria ò podria hacer (1). Puede ser tambien el poder judicial, por el cual se encomiendan negocios judiciales; ò estrajudicial si se encomendaren negocios domèsticos ó estrajudiciales. Se da tambien mandato puro, á dia cierto, y bajo de condicion, lo cual es claro por sí mismo.

1015. Ultimamente, hay otras divisiones del mandato, tomadas del fin que se tiene en él; y asi, se divide en mandato que solo cede en utilidad del que manda, ò en utilidad del que manda y del mandatario, ò en ùtilidad de un tercero

---

(†) L. 10. tit. 5. P. 3.
(1) L. 19. tit. 5. P. 3.

solamente, ó del mandante y un tercero, ò del mandatario y un tercero.

1016. El primer modo es el riguroso mandato, y es el que cede en utilidad de solo el mandante; v. gr., si Ticio encomienda á Cayo que le siga un pleito en juicio (1). El 2.° modo, cuando el mandato cede en utilidad del que manda y del mandatario; v. gr., si yo mando á alguno que dè mil pesos à usuras ā mí ó á mi mayordomo para comerciar con ellos, en cuyo caso es manifiesta la utilidad de ambos (2). El 3er. modo es, cuando el mandato solo se dirige á la utilidad de un tercero; como si yo mandase à uno que se encargue de lòs negócios de Ticio, ò que salga por su fiador (3). El 4.° modo se verifica cuando el mandato cede en utilidad del que manda y de un tercero; como si yo mando á Cayo que compre una hacienda para Ticio y para mí (4). El 5.° modo se dará si el mandato cediere en utilidad del mandatario y de un tercero; v. gr., si yo mando à Ticio que dé á Cayo, que intenta comerciar, alguna cantidad de dinero á usuras (5) Finalmente, suele añadirse otra especie de mandato, y es el que solamente se dirige á la utilidad del mandatario; pero este verdaderamente mas es consejo que mandato, el cual de ninguna manera produce accion, sino en el caso de que se dé con dolo, es decir, con la mira ó intencion de perjudicar al que recibe el consejo (6).

1017. Vistas ya las divisiones de este contrato, pide el òrden que tratemos varias conclusiones que se deducen de su naturaleza y muestran lo que es justo acerca de él: sea, pues, la 1.ª El mandato solo requiere el consentimiento de ambos contrayentes; y es la razon, porque como hemos dicho, es contrato consensual. Pero es necesario añadir dos

(1) L. 20, tit. 12. P. 5.
(2) L. 22. al principio.
(3) L. 21. tii. 12. P. 5.
(4) L. 21. dicho tít. 12. P. 5. v. La tercera.
(5) L. 22. del mismo tit. v. *La quinta.*
(6) L. 23. tit, 12. P. 5.

cosas: la una que regularmente se exige que el mandato esté reducido á escritura; mas no porque esto sea necesario para su valor, sino porque de otra suerte no constaria á la otra parte que uno era verdadéro apoderado: la otra es, que la ratihabicion se tiene por consentimiento, y se retrotrae al principio del negocio que se practicò sin mandato.

1018. 2.ª El mandato no puede tener efecto sino en cosas lìcitas, y asi no producirá obligacion siempre que se verse sobre alguna cosa que sea contra las buenas costumbres (1); v. gr., si alguno mandase á un ladron que mate á Cayo; pues aunque èste acepte el mandato, no quedarà obligado á egecutar la muerte. 3.ª El mandato no admite paga estipulada, porque degeneraria en locacion; pero sí admite honorario; y de aqui es que los procuradores del número que hay en los tribunales superiores son verdaderos mandatarios, aunque no se encarguen de los asuntos gratis. 4.ª Nada vale lo que obra el mandatario que escede los términos del mandato; pero sí tiene accion á todo aquello en que no hubo esceso (2). 5.ª El mandatario por lo regular no puede sustituir, si no es que se le conceda esta facultad. La razon es, porque el que manda escoge la industria de la persona, la cual no se encuentra siempre del mismo modo en el sustituto. 6.ª El mandatario está obligado á poner toda aquella diligencia que requiere el negocio de que se encomienda; y asi deberà aun la exactísima, siempre que admita la administracion de un negocio que con menos diligencia no producirá el efecto que desea el mandante (3).

1019. El mandato acaba de varios modos, que fàcilmente se coligen de su naturaleza. El 1.° es por mùtuo disentimiento, pues no hay cosa mas natural que todo se

(1) L. 25. tit. 12. P. 5.

(2) Arg. de la ley 16. tit. 12. P. 5.

(3) LL. 26. tit. 5 P. 3., y 20. tit. 12. P. 5., y en ella Gregorio Lopez, glosa 5.

disuelva del modo que se ligò. 2.° Por revocacion del mandato, lo cual puede hacer el mandante sin causa alguna antes de comenzarse el negocio, y aun despues de comenzado, sino es en el caso de que, ó la parte contraria ô el mandatario mismo lo contradiga reputándose infamado por la revocacion; en cuyo caso, ó no se deberá revocar, ó deberá alegarse justa causa, cuales son las que asigna la ley citada (1). Mas para evitar pleitos con la manifestacion de las causas, y toda sospecha de injuria, en la práctica se hace la revocacion diciendo *que se revoca el poder dado á fulano, dejàndole en su buena opinion y fama, y sin ânimo de injuriarle*; con cuya clâusula no puede alegar que se le agravia, ni el mandante tiene necesidad de espresar las causas (2). 3.° Por renuncia hecha por el mandatario, para la cual se requiere justa causa, aun cuando se haga antes de principiar el negocio (3). 4.° Por muerte del mandante. Mas en los mandatarios ó procuradores establecidos para pleitos està determinado que tanto por muerte del mandatario, como del que manda, se acabe el poder, siempre que la muerte acontezca antes de la contestacion del pleito; pero si el mandatario usa del poder antes que muera el poderdante, y la demanda está contestada, no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta el fin, aunque sus herederos no le ratifiquen, con tal que no constituyan otro apoderado (4). De donde se infiere que despues de puesta ò contestada la demanda se le tiene por dueño de la instancia, y con él debe sustanciarse hasta que se sentencie. Si el apoderado fallece antes de demandar ò contestar, se acaba el mandato: pero ya contestado deben sus herederos seguir el pleito en caso de ser idóneos (5).

---

(1) L. 24. tit. 5. P. 3.
(2) Feb. tom. 2. pag. 380. n. 17.
(3) L. 24. tit. 5. P. 3.
(4) L. 23. tit. 5. P. 3.
(5) Dicha ley 23. en el medio.

1020. Falta esplicar las acciones que nacen de èste contrato, Estas son dos, directa y contraria por ser bilateral. La directa se da al mandante contra el mandatario, que es el que primeramente se obliga, para que cumpla el negocio pactado, y dè cuentas de su administracion. La contraria se da al mandatario contra el que le mandò, como obligado despues, para indemnizarse de los gastos que haya tenido en la ejecucion del mandato.

*APENDICE.

DE LAS

DOTES Y BIENES PARAFERNALES.

Para tratar esta materia de un modo fundamental, hablaremos primero de todo lo relativo á la constitucion de las dotes, y luego de sus efectos, durante y despues del matrimonio (*)

1021. La dacion en dote *es un contrato por el cual la muger, sus padres, ô un estraño dan alguna cosa al marido para sostener las cargas del matrimonio* (1) La constitucion de dote, como otra obligacion cualquiera, puede abrazar todos los bienes presentes y futuros de la muger, ó todos sus bienes presentes solamente, ó solo una parte de sus bienes presentes y futuros, y aun un objeto individual. La cosa dada, se llama simplemente *dote* (2). Puede este contrato celebrarse antes ó despues del matrimonio (3). En el ùltimo caso lleva la condicion legal si el matrimonio se efectúa (4). La dacion en dote, como toda otra obligacion para ser válida debe ser de una cosa, ô de una suma cierta (5). Mas como se tiene por cierta la cantidad ó cosa que se refiere al arbitrio de un tercero, como sucede al estipularse en la venta el precio de lo vendido (6), deberá juzgarse cierta la dote que en su constitucion se determinare à la cosa ò cantidad que un tercero arbitrase (7).

(*) En la colocacion de este tratado sigo el metodo de Vinio en su excelente obra *Contractæ jurísprudenciæ,* que entre los contratos pone la dacion en dote.

(1) Cujacio tit. 11. lib. 5. Cod. Merlin Rep. verb. Dot. § 2.

(2) L. 1. tit. 11. P. 4.

(3) Ley cit.

(4) LL. 11. y 18. tit. 11. P. 4.

(5) Merlin § 2. n. 3. y vease la ley 23. tit. 9. P. 6.

(6) L. 9. tit. 5. P. 5.

(7) Cujac. al tit. 11. lib. 5. Cod.

Cuando el que promete la dote tiene obligacion de darla, no es un defecto en el contrato que haya prometido una cosa incierta, porque se juzga haber estipulado, solo para dar mayor fuerza á la obligacion que tenia por la ley (1).

1022. Este contrato, como otros, puede celebrarse, prometiéndo ó entregândose la cosa (2), simplemente, ó bajo alguna condicion (3), ó á un plazo cierto (4). Pero como el objeto de las dotes sea sostener las cargas del matrimonio, el dia no podrá señalarse para cuando él se disuelva (5). Si un estraño es el que ha prometido la dote, podrá sí referirse su entrega para el tiempo de su muerte, aunque se ignore el dia en que llegará (6), porque en las estipulaciones se tiene por cierto el dia que precisamente ha de venir, aunque su evento sea incierto (7).

1023. ¿Y podrá la dote constituirse tácitamente? Es decir, ¿se reputarán dotales los bienes que la muger lleva al matrimonio, sin darlos espresamente en dote? La ley deja dudoso un punto tan importante (8). Dice que la dote puede constituirse dando la muger *por dote* alguna cosa *non gela prometiendo ni faciendo pleito de otra manera de gela dar, mas dando gela luego de mano.* Parece que exije que la dacion sea por dote; pero no exije que se esprese, como se colige de las ulteriores palabras. Podemos pues decir por una parte, que la constitucion de dote es un hecho y un contrato, y que los hechos y contratos no se presumen sino se prueban (9); y mas, que no se sabria distinguir, supuesta la constitucion tácita de las dotes, los bienes dotales de los demas que lleva la muger. Sin embargo,

(1) Cujac. lib. 4. Respon. Papinia. L. 69. § *Gener.*
(2) L. 10. y 13. tit. 11. P. 4.
(3) L. 11.
(4) L. 12.
(5) L. 12.
(6) L. 12.
(7) L. 12. tit. 11. P. 5.
(8) L. 13. tit. 11. P. 4.
(9) Fabre en su cod. tit. de *de jure dotium* def. 18.

parece por otra parte, que debe estarse por la constitucion tácita; pues la palabra *dote* ni entre los romanos era necesaria en la estipulacion de una constitucion dotal: *in estipulatione non est necesaria dotis adjectio* (1). Ella tampoco es un término sacramental que deba esclusivamente anunciar la intencion de la muger de dar al marido los bienes en dote, ni ley alguna la juzga precisa para reconocer una estipulacion dotal cuando las espresiones del contrato, ò los hechos del que la da, indiquen suficientemente la intencion de constituir un dote. Por lo tanto, creemos que sobre esta materia se deberá juzgar por las presunciones que arrojen los hechos, considerando siempre que la dacion dotal es un acto piadoso (2) que mas bien favorecen que restringen las leyes (3).

1024. De los modos de constituirse la dote, resulta que la sola confesion del marido de haberla recibido, no es un medio constitutivo, sino probatorio de la dote que se le hubiere entregado (4).

1025. Al constituirse las dotes, pueden los contratantes hacer algunas estipulaciones sobre llas. *E si algun pleito pusiese el que la estableciô cuando la daba, debe ser guardado segun que le puso aquel que la dió*, dice la ley de Partida (5). Estos pactos son vìnculos sagrados para el marido y para la muger, y no pueden ser alterados durante el matrimonio. Lo contrario daria causa á cesiones prohibidas por el derecho, y fàcilmente el respeto ò el amor podrian destruirlos (6). Pero siendo ellos contrarios à las leyes y buenas costumbres, á la naturaleza de las dotes, ó al bien del

(1) L. 35. Dig. *de jure dotium.*
(2) L 35. tit. 14. P. 5.
(3) Vease á Merlin. Questions de Droit verb. dot. § 2.
(4) Vease sobre esta materia à Merlin Quest. de Droit. verb. Det. § 11. Repert. § 3. Gutier. Juram. Confirm. Part. 1. cap. 15.
(5) L. 30. al fin tit. 11. P. 4.
(6) Vease á Merlin. Repertoire verb. convent. Matrim. § 2.

matrimonio, son entonces prohibidos. Seria contrario á las leyes el pacto dotal que autorizase las donaciones entre marido y muger (1). Seria contrario â las buenas costumbres el pacto que no hiciese responsable al marido por el dolo que cometiese en la administracion de las cosas dotales, porque la dispensacion del dolo futuro no puede estipularse en los contratos, *porque podria dar carrera â los omes de facer mal*, dice la ley (2). Seria contrario al objeto de las dotes, el pacto por el que al marido se le privase de la percepcion de los frutos (3). Lo seria igualmente aquel por el que se le facultase para volver menos de lo recibido, pues que no tendria tìtulo legal de adquisicion de aquella parte que no entregase. Seria tambien reprobado el pacto por el que el marido pudiese volver la dote en otro tiempo que el señalado por el derecho (4). Finalmente, seria contrario á la fè conyugal el pacto que pusiese al marido en la obligacion de dar fiador por la dote, ò que la muger le diera por la que hubiese prometido.

1026. No siendo el pacto reprobado, debe guardarse con arreglo al tiempo en que se hizo ó donde se celebró el matrimonio, aunque se deroguen las leyes que rejian, ó bien vayan los conyuges á morar à otro pais en que se use diverso derecho (5).

1027. Aunque, como en otra parte diremos, tiene la muger por su dote hipoteca general en los bienes del marido; sin embargo, puede ella en los pactos dotales dispensarle de esta obligacion, porque ninguna ley le prohibe una cesion semejante: pues la remision de la hipoteca ni es intercesion ni donacion (6). Pudiera tambien haberse es-

---

(1) L. 4. tit. 11. P 4., y vease la ley 28. al fin tit. 11. P. 5,
(2) L. 29. tít. 11. P. 5.
(3) Vease el pri cipio del tit. 11. P. 4.
(4) Ley 31. tít. 11. P. 4.
(5) L. 24. tit. 11. P. 4. y L. 15. tit. 14. P. 3.
(6) Vease á Cuj. á la L. 1. § Et út. plenius tit. 13. lib. 5. Cód

tipulado una hipoteca especial, como lo permite la ley, (1) y si la muger se contenta con esta, no tendrá ya la general que le da el derecho, porque donde hay hipoteca convencional, es inútil la legítima, é inútil el socorro del derecho al que se ha provisto de él por un pacto particular y suficiente (2).

1028. Dijimos que el marido puede dar una hipoteca especial por la dote; no podrá sin embargo dar fianza por ella. Entre la fianza y la hipoteca, hay una grande diferencia. Por la hipoteca, unicamente se pone la dote en seguridad, y no se encomienda á la fè de otra persona como sucede en la fianza: el fiador obtiene el lugar del deudor, y la hipoteca el lugar de la cosa debida (3). Pero como la fianza puede preceder á la obligacion principal, y aun hacerse despues, no seria reprobada la que el esposo diese á la esposa, ò ella á él antes del matrimonio, ni la que diese el marido á los herederos de la muger, disuelto aquel (4). Esta consecuencia derivada tan naturalmente de los principios de derecho, la vemos confirmada con una ley espresa (5). Lo que prohibe pues el derecho es, que esto se haga durante la amistad, y fé conyugal: durante el matrimonio, no antes ni despues de él.

1029. Puede darse en dote todo aquello que de cualquier modo pueda ser útil al marido, y todas las cosas *de cual natura quier que sean,* dice la ley (6). Podrá entonces darse en dote lo que el marido (7), ó un estraño ó los padres de la muger le debiesen (8). Podrá darse tanto la propiedad como el usufructo de las cosas, y en general, todo lo que puede ser objeto de los otros contratos.

(1) L. 33. tit. 14. P. 5.
(2) Cujac. lug. cit.
(3) Cuj. al tit. 20. lib. 5. Cōl. Vinio d. *fidejusoribus* al § I. n. 1.
(4) La cita anterior.
(5) L. 3. tit. 12. P. 5. v. La segunda.
(6) L. 11. tit. 11. P. 4. y vease L. 22. tit. 11. P. 5.
(7) L. 13. tit. 11. P. 4.
(8) L. 15. idem.

1030. En la dacion en dote pueden venir cosas que consten de número, peso y medida (1). Puede darse una especie, ó una cantidad, ó pueden darse los valores de las cosas representando á las cosas mismas. Es decir, puede darse una especie sin consideracion alguna á su valor, y se llama entonces *dote inestimada*; ó puede darse una cosa regulada en un cierto precio, importando mas en el pacto dotal el valor de ella que la cosa misma, y se dice *dote estimada* (2). Puede, sin embargo, al constituirse la dote hacerse con otros objetos la estimacion de la cosa que se va á dar, y entonces ella no pierde su calidad de dote inestimada. La ley nos pone un ejemplo de esto (3).

1031. Hablemos de las personas que intervienen en este contrato. La constitucion de dote es una obra piadosa (4) como hemos dicho por los objetos à que se dirije: y por esto, si un estraño constituyese una dote creyendose obligado á ello por cualquiera causa, no puede repetir como pagada indebidamente la cosa ò cantidad que hubiese dado en dote (5). Del mismo principio deducimos, que aunque las donaciones tengan un límite, pasado el cual no puedan hacerse sin insinuacion, las dotes que los estraños dan no le tienen, y puede todo hombre constituir en dote cuanto quisiere. (6) Respecto á la muger, podemos decir que ella puede dar en dote todos sus bienes (7), y que puede hacerlo desde la edad de doce años en que está ya habilitada para el contrato principal, cual es el matrimonio. Mas las leyes atendiendo á su fragilidad han dispuesto, que siendo ella menor de 25 años, aunque tenga curador, no pueda dar en dote sus bienes raices sin licencia del juez del lugar, pero

---

(1) L. 21. tít. 11. P. 4.
(2) L. 16. tit. 11. P. 4.
(3) L. 29. tit. 11. P. 4.
(4) L. 35. tit. 14. P. 5.
(5) L. 35. tit. 14. P. 5.
(6) L. 9. tit. 4. P. 5.
(7) L. 4. Cód· *de jure Dot.*

sí, los bienes muebles con consentimiento de su guardador (1).

1032. De los padres, hemos dicho, que son obligados à dotar á sus hijos. Esta obligacion parece ser una consecuencia de la que la naturaleza les impone de alimentarlos y proveer á su subsistencia. La ley por lo tanto ha dispuesto que el padre, en primer lugar, aun contra su voluntad, debe dotar à la hija que estuviese *en su poder*, tenga ò no ella otros bienes (2). En el mismo deber está el abuelo paterno y demas ascendientes por esta linea, con la sola diferencia que son exentos de esta obligacion si la nieta ó bisnieta tuviese otros bienes con que poderse constituir una dote (3). Hemos hablado de la hija ó nieta que está bajo el poder de los padres ó abuelos, porque asi lo disponen las leyes de Partida conforme al derecho que entonces regia sobre la patria potestad; pero hoy no estando los nietos en poder de los abuelos, serán los padres, y ascendientes paternos obligados á dotar à sus descendientes, aunque no esten bajo su potestad (4); y seràn tambien por consiguiente obligados á dotarlos, aun cuando los hayan emancipado (5).

1033. La obligacion de dotar pasa á los herederos del padre; por esto si él exhereda á una hija, deberán sin embargo sus herederos dotarla, porque la exheredacion, asi como no quita las cosas dadas en dote, ni libra de la obligacion de la dote prometida, asi tampoco no quita á los hijos el derecho que tienen à ser dotados (6).

1034. Hay sin embargo algunos casos en que los padres no son obligados á dotar á sus hijos, y uno es cuando se casan sin su consentimiento en la edad en que deben pedirle (7);

(1) L. 14. tit. 11. P. 4.
(2) L. 8. tit. 11. P. 4.
(3) L. 8. tit. 11. P. 4.
(4) Sala, Derecho Real tom. 1. tit. de las Dotes.
(5) Merlin Repertoire v. Dot. § 1. n. 3.
(6) Luc. de Dot. discur. 142. y Cujac. á la Ley 1. tit. 5. lib. 5. Cód.
(7) Vease el tit. de Matrimonio.

ó cuando dan el consentimiento, forzados por las circunstancias, por ejemplo, para reparar el honor de sus hijas. Si entonces aun se les condenase á dotarlas, se eludirian facilmente las disposiciones de derecho que exijen su consentimiento, comenzando por lo que debe ser el fin del matrimonio, y poniendo al padre en la dura alternativa de consentir en el, ó de ser testigo de su deshonor.

1035. La obligacion de los padres de dotar á sus hijos no comprende à las madres (1), sino en algunos casos que pone la ley por diversidad de religion. De aqui podemos deducir que tampoco los hijos estan obligados à dotar á sus madres, cuando estas quieren contraer segundo matrimonio (2).

1036. Las leyes han tasado la cantidad que los padres pueden dar en dote á sus hijas (3), declarando inoficiosas las que excedieren de la legítima, tercio y quinto de mejora en el caso que el que la dió podia hacer dicha mejora, habiendo consideracion al valor de los bienes de el que dió ó prometió la dote al tiempo que ella fué constituida, ó al tiempo en que se dió ó prometió, segun escogiese aquel á quien fué dada ó prometida (4). Pero seria un error inferir de aqui que los hijos pueden exijir una dote igual á la legítima que tendrian si hubiesen perdido á sus padres en el momento del matrimonio (5).

1037. Cuando el padre y la madre han hecho el contrato de dote, ambos deben cumplirle con los bienes que hubiesen ganado durante el matrimonio; ò si no hubiese gananciales ò si ellos no bastaren, deben pagar la dote por medio de los otros bienes que les pertenezcan por cualquiera manera. Si el padre solo promete la dote, pue-

(1) L. 9. tit. 11. P. 4.

(2) Luca. de Dot. discur. 142.

(3) L. 1. y 5 tit. 2. lib. 5. Recop. y Auto 4. cap. 25. tit. 12. lib. 7. R.

(4) L. 3. tit. 8. lib. 5. R.

(5) Fabre, en su código lib. 3. tit. 19. Defin. 20. ha tratado perfectamente este último punto.

de pagarla con los bienes gananciales; y si no los hubiere debe hacerlo con los suyos propios y no con los de la muger (1). Cuando la madre ha ofrecido la dote, dice la ley que puede pagarla con sus bienes (2). Los jurisconsultos, sin embargo, sostienen que hoy dia, atendida la ley de Recopilacion que prohibe tratar á la muger, no puede ofrecer dote sin consentimiento del marido. Pero á pesar de esto creemos que está en todo su vigor la ley citada de Partida; porque cuando ella fué promulgada, tampoco podian las mugeres tratar sin licencia de los maridos (3). Vemos tambien que aunque la dote no puede enagenarse por el marido y la muger, no obstante, puede esta por la ley citada, dar dote á sus hijas de su propio patrimonio. Por otra parte, una donacion semejante no es propiamente una enagenacion sino una anticipacion de la sucesion; es mas bien una confirmacion que una transmision de la propiedad en la persona de los hijos á quienes las leyes miran ya como dueños de los bienes de sus padres aun durante su vida (4). Finalmente la madre que dota à una hija, mas bien puede decirse que paga una deuda que la naturaleza le ha impuesto, que no que ejerce una liberalidad con ella. Exijir por lo tanto el consentimiento del marido, seria quitarle una feliz libertad para cumplir los deberes mas sagrados (5).

1038. Segun la persona que ha dado la dote, toma esta diferentes nombres, y son tambien diferentes sus efectos. Cuando los padres ô los ascendientes paternos de la muger la dan, se llama *dote profecticia*: cuando ellos la constituyen de bienes propios de la muger ó de otro, ó cuando la da la muger, ó un estraño, se llama entonces *adventicia* (6)

(1) L. 8. tit. 9. lib. 5. R.
(2) L. 9. tit. 11. P. 4.
(3) Vease el fuero de Sepulveda tit. 64.
(4) L. 11. Dig. *de liberis et posthumis.*
(5) Merlin. Repertoire verb. Dot. § 8.
(6) L. 2. tit. 11. P. 4.

1039. Como este contrato puede hacerse por escrito (1) ò de palabra (2), podrá por lo tanto probarse por los medios que se prueban los demas.

1040. Pasemos á los efectos de la constitucion dotal durante el matrimonio. Por la definicion de la dacion en dote, vemos que este es un contrato bilateral; y como en todos los de esta clase se presta la culpa leve (3), deberá el marido ser responsable de los daños que por su culpa ò negligencia vinieren à la dote de su muger.

1041. Dândose la dote para sostener las cargas del matrimonio, lleva una causa perpétua; y como todos los contratos que tienen una causa perpétua transfieren dominio para que no esté incierta la propiedad de las cosas (4), se sigue que la dacion en dote es un tìtulo translativo de dominio, de las cosas de cualquiera naturaleza que fuesen dadas en dote. Una ley llama al marido *señor ê poderoso de la dote* (5). Y aunque en otras se diga que la muger es tambien dueña, no tiene sin embargo el mismo genero de dominio. El derecho le ha conservado el dominio natural, en contraposisicion del dominio civil del marido, con el único objeto de conservar tambien la dote y no de enagenarla: al marido y no á la muger està puesta la prohibicion de enagenar la dote inestimada (6), lo que prueba que él es el dueño de todos los bienes dotales (7).

1042. Del objeto de las dotes podemos deducir otro efecto general cual es, que las daciones en dote no pueden revocarse porque no son unas meras donaciones, sino unas donaciones *ob causam*, un título oneroso (8), que impone

(1) Vease su forma en la ley 38. tít. 18. P. 3.

(2) L. 10. tit. 11. P. 4.

(3) L. 2. tit. 2. P. 5.

(4) Cujac. al tit. 12. lib. 9. Cod.

(5) L. 7. tit. 11. P. 4.

(6) L. citada.

(7) Cuanto pueda decirse del dominio natural de las mugeres, se hallará en la ley *in rebus*, Cod. *de jure dotium*.

(8) Argum. de la ley 1. tit. 6. lib. 5. R. y de la L. 7. tit. 15. P. 5.

que impone obligaciones muy especiales al marido, y que viene por esto á formar un contrato bilateral. Sin embargo, puede revocarse la dote cuando ella ha sido constituida en fraude de los acreedores (1), probando que no era solvente el que la diò, ò que con este acto quedo insolvente; pero respecto del marido no puede tener efecto la revocacion sino cuando èl ha participado del fraude (2).

1043. Del objeto tambien de las dotes resulta otro efecto de este contrato, y es, que el marido hace suyos los frutos de la dote de cualquiera naturaleza que esta sea (3). Exije para esto la ley tres condiciones: 1.ª que se efectúe el matrimonio; pues los frutos que produce la dote de la esposa no son del marido sino que aumentan la dote; á no ser que el esposo la mantenga (4): 2.ª que sea puesto en posesion de la dote; pues aunque pueda exijir los frutos ó intereses de la dote prometida pasado el tiempo en que se le debió entregar, no lo puede hacer por accion de dominio, pues que se ha dicho que el título sin tradicion, no es suficiente para adquirir la propiedad de las cosas; 3.ª que sufra las cargas del matrimonio; porque siendo el tìtulo de dote un título oneroso, no debe el marido adquirir lo que por èl se le dà, sino cumple con las obligaciones que le impone.

1044. En los frutos de las dotes se computan los réditos del dinero dotal, los alquileres de los prèdios rùsticos y urbanos, el parto de los rebaños (5), escepto aquellas cabezas que fueren necesarias para suplir las que murieren cuando fuese rebaño inestimado: los àrboles del prédio dotal que crecen como los montes de corte, y todas las demas cosas que produjese el fundo dotal, sin destruirse ni disminuirse (6): las obras de los esclavos que han sido da-

(1) Vease lo que se dijo sobre las manumisiones.
(2) L. 7. tit. 15. P. 5.
(3) L. 25. tit. 11. P. 4.
(4) L. 28 tit. 11. P. 4.
(5) L. 21. idm.
(6) L. 27.

dos sin estimacion, son tambien frutos dotales, como lo demas que adquieran por relacion, ó con dinero del marido. Fuera de esto, todo lo demas es dotal, y no fruto de la dote: v. gr., una donacion que se le hiciere al esclavo (1).

1045. Como las dotes inestimadas pueden aumentarse ó disminuirse durante el matrimonio, todo lo que por causa de ellas venga sin ser frutos dotales, las aumenta, y se hace tambien dotal (2). Decimos lo mismo de lo que por aluvion ó de otra manera acreciere al fundo dotal (3).

1046. Puede haberse constituido la dote en un bien raiz inestimado, ó haberse dado dinero ú otra cosa para la adquisicion de otra especie, ó haberse dado un fundo en pago del dinero prometido en dote. Cuando se da un bien inestimado el marido no puede enagenarle (4), ni aun hipotecarle, porque la hipoteca es otra manera de enagenacion (5). Asi esta dispuesto por una razon de utilidad pública. Sin embargo, aunque todas las leyes antiguas y modernas estan de acuerdo en que el marido no puede enagenar la dote ni con el consentimiento de la mujer, hallamos una ley dispersa de Partida, que espresamente lo permite, y que desapodera á la mujer de toda accion, cuando ha consentido en la enagenacion de la dote hecha por el marido (6). Los interpretes entienden que la ley habla de la cosa dotal estimada, en cuya enagenacion consintiendo la muger se acaba la hipoteca que en ella tiene.

1047. Cuando la dote es estimada el marido puede enagenarla, porque por un contrato de venta cual es el que ha causado la estimacion, se ha hecho solo deudor del valor de ella (7). La estimacion, sin embargo, de la cosa

---

(1) L. 25. idem.
(2) L. 27.
(3) L. 26. tit. 28. P. 3.
(4) L. 7. tit. 11, P. 4.
(5) L. 10. tit. 33. P. 7.
(6) L. 58. tit. 18 P. 3.
(7) L. 7. tit. 11, P. 4.

dotal tiene varias diferencias de la compra de la misma cosa (1). 1.ª por la constitucion de una dote estimada, no se paga alcabala en los pueblos que hay este impuesto (2): 2.ª que la muger en el caso de la eviccion, lo que diere por la cosa evicta no entra en lugar de la dote, sino que, importe mas ó menos esta se hace dotal (3): 3.ª que cualquiera que sea el perjuicio recibido por el marido ò por el que diò la dote en la estimacion de ella puede pedir se reduzca la apreciacion á su justo valor (4); lo que no sucede en las ventas, sino cuando ha habido una lesion que pasa de la mitad del justo precio.

1048. Cuando se ha dado dinero en dote para comprar alguna otra especie, el marido obra como mandatario constituido á este efecto por el contrato dotal; y como las adquisiciones hechas por el mandatario son del comitente, será dotal lo que se comprare con el dinero dado en dote. Mas si el marido con el precio de una cosa dotal comprase otra, entonces obrando èl como señor de los bienes del matrimonio no será esta dotal, y se habrá adquirido para el matrimonio, y no para la muger (5). Comprando el marido con el dinero dotal alguna cosa, tampoco se hace dotal; porque à él no le es permitido alterar por sí el contrato de dote, y sustituir cosas á cantidades; y tambien porque la propiedad de una cosa no puede pasar á otro sin una aceptacion formal por su parte. Si la muger y el marido quieren ambos que lo que se compre entre en lugar del dinero dotal, entonces se harà de la muger lo que con su dinero se hubiese comprado (6). En este caso, la declaracion del marido debe ser hecha en el contrato de compra, ó incontinenti á èl, para evitar los fraudes que pudie-

(1) Vèase á Cujacio al tit. 18. lib. 5. Cod.
(2) L. 2. tit. 13. lib. 8. R. I.
(3) Cujacio lib. 4. Resp. Papin. L. 69. §. *Cum res.*
(4) L. 16. tit. 11. P. 4.
(5) L. 2. tit. 9. lib. 5. R.
(6) L. 49. tit. 5. P. 5.

ran hacerse (1). Mas la declaracion ò ratificacion de la muger, puede ser hecha en cualquier tiempo porque su efecto se retrotrae al tiempo del acto. Asi lo permite el derecho respecto al gestor de negocios, ó respecto á los hechos del procurador (§ 1017).

1049. Si en pago del dinero ofrecido en dote se ha dado un bien raiz, ó cualquiera otra cosa, esta no se hace dotal, pues que ha pasado á poder del marido por otro contrato que el pacto dotal. Cuando la cosa dada en dote ha sido causa de adquirirse una parte de ella, por ejemplo, la muger lleva al matrimonio una parte pro indiviso de un prédio, y el marido por los derechos de comunidad en la cosa, adquiere la otra parte por licitacion ò retracto; tampoco serà esta dotal, porque no ha venido por la dacion en dote; pero como entonces perderia la muger aquellos derechos, v. gr., de retracto, que tenia por razon de la cosa, podrâ obligar à los herederos de su marido à que se la cedan entregando el valor dado para su adquisicion (2).

1050. Veamos ahora cuando se han dado en dote acciones ó deudas. Si la muger da en dote á su marido alguna cosa ó cantidad que el le debiese, ó cuando un estraño dota â la muger con lo que su marido le debia, hay una verdadera novacion de la deuda y la que antes no era hipotecaria viene ahora â serlo (3). Si la muger dá en dote una deuda que le deben sus ascendientes ó los de su marido, este no está obligado à cobrarla, porque los yernos *non deben apremiar â sus padres, ni á sus suegros*, dice la ley (4): y asi, si el deudor se hace insolvente, el marido no es responsable de la accion que se le dió en dote. Si la deuda es de un estraño, y consiente en pa-

(1) Merlin. verb. Dot. §. 10. n. 1.

(2) L. 78 §. 4. Dig. *de jure Dotium* vers. *quod si marito.* Merlin §. 11. n. 10.

(3) 13. tit. 11. P. 4.

(4) L 15. tit. 11. P. 4.

garla al marido, hay entonces una verdadera delegacion, y el marido, como acreedor es obligado á cobrarla (1). Sin embargo, es preciso distinguir los diversos títulos del crédito. Si el deudor de la muger lo fuere por un título oneroso, el marido es obligado á cobrarla; mas si lo que la muger hubiere de haber fuere por un título lucrativo, y al mismo tiempo una cantidad ó cosa cierta, debe tambien el marido cobrarla, y su negligencia le hace responsable à èl y á sus herederos; pues el que ofrece dote no tiene el beneficio de competencia, porque no es simple donatario respecto al marido (2). Mas si la deuda procediere de un tìtulo lucrativo y no fuere cosa ô cantidad determinada, el marido no es responsable de ella, porque el deudor solo es obligado á pagar lo que buenamente pueda.

1051. Todos los gastos que se ofrezcan para cobrar la deuda dada en dote, no se han de sacar de los frutos sino que disminuyen la misma dote, por mas que lo contrario opinen muchos doctores (3): 1.° porque la dote debe ser líquida y efectiva; y por eso se ha dicho antes que habiendo cualquier género de lesion, se reduce á su justo valor, lo que no vendria á suceder si el marido fuese obligado á pagar los costos de la cobranza: 2.° porque las espensas necesarias, cuales serian los gastos hechos para cobrar la deudas hecha, en la cosa dotal, son de cuenta de la muger; y 3.° finalmente, porque los frutos de la dote son del marido, y tienen el único objeto de sostener las cargas matrimoniales.

1052. Cuando se han dado en dote cosas que constan de número, peso ó medida, se reputa como dote estimada y puede el marido enagenarlas, aun cuando no haya habido apreciacion de ellas (4).

---

(1) L. 15. citada. y vease la L. 15. tit. 14. P. 5.

(2) L. 15.

(3) Véase sobre esta materia â Garcia de *expensis* cap. 13.

(4) L. 21. tit. 11. P. 4.

1053. Otro efecto de este contrato durante el matrimonio es, que los que dieron la dote, estan obligados à la eviccion de ella, segun se hubiese estipulado en los pactos dotales. Como en las donaciones no está el donante obligado à la eviccion, no lo estarà tampoco el que hubiese dado una cosa inestimada en dote, siempre que lo hubiese hecho de buena fé (1); pero como aun en las donaciones puede prometerse el saneamiento de lo dado, podrá tambien estipularse lo mismo en las daciones de dote inestimada. Diferente derecho se halla establecido para las dotes estimadas, por razon de los pactos naturales que envuelve su constitucion. A semejanza de la compra y venta, la eviccion y saneamiento de las dotes estimadas es natural al contrato, y estan obligados á ella los que la hubiesen constituido (2).

1054. Del obgeto de las dotes, de las acciones que da este contrato, y de la prohibicion de las donaciones entre marido y muger resulta igualmente, que durante el matrimonio no puede ser pedida al marido por los que la dieron. El derecho solo lo permite en el caso que el por su culpa, vaya viniendo á pobreza (3); ò cuando se viese ejecutado por sus acreedores (4). Las leyes hacen en estos casos un secuestro de la dote, para que con sus frutos se mantengan marido y muger.

1055. Durante el matrimonio, no puede prescribirse la dote, á no ser que teniendo ya accion la muger para cobrarla por la mala conducta del marido, no lo hiciese y comenzase otro â ganarla (5).

1056. Veamos ahora los efectos del contrato dotal disuelto el matrimonio. Ellos son diversos 1.º: si el matrimonio se parte por que no ha podido consistir: 2.º: si los con-

---

(1) L. 22. tit. 11. P. 4.

(2) L. cit.

(3) L. 1. tit. 9. L. 8. tit. 29. P. 3. y L. 29. tit. 11. P 4.

(4) L. 41. tit. 4. lib. 3. Recopilacion, y Cur. filip. 2.ª part. § 26. n. 7.

(5) L. 8. tit. 29. P. 3.

yuges se separan por divorcio: y 3.º si el matrimonio se disuelve por muerte de alguno de ellos. La muger que sabiendo que no puede casarse con un hombre que ignoraba el impedimento dirimente, le diese algo por dote, no puede cobrarlo partido el matrimonio; porque por regla general, mediando un título translativo de dominio, cuando hay torpeza por parte del que dà, y no la hay por parte del que recibe, no puede repetirse lo dado (1). Mas si ambos saben el impedimento que tenian para contraer matrimonio, entonces hay torpeza en el que recibe, y torpeza en el que da, y la dote se hace, dice la ley, de la Cámara del Rey (2). En este caso, solo hay la limitacion, que si ambos son menores de 25 años, puede cobrarse la dote. Si la muger y el hombre ignoraban el impedimento dirimente, entonces como no hay torpeza en el que dá ni en el que recibe, puede la muger cobrar su dote (3).

1057. Cuando el matrimonio se separa por divorcio, si à este ha dado causa el adulterio de la muger, pierde ella su dote (4).

1058. Muriendo la muger, el marido debe entregar la dote á los herederos de ella. (5) Si la constituyó un estraño, y hubo algun pacto sobre su devolucion, debe él observarse (6). Si el marido es el que ha muerto, y la dote es profecticia, debia por derecho romano y de partida (7) volverse conjuntamente al padre y á la muger, en términos que nada valia si se volviese á uno de ellos separadamente; pero esto era por la patria potestad que aun tenian los padres en las hijas viudas; mas no tenièndola hoy, debe volverse la dote á la muger. Si la dote fué adventicia, y no hubo pac-

(1) L. 50. tit. 14. P. 5.
(2) L. 51. tit. 14. P. 5.
(3) Ley citada.
(4) L. 23. tit. 11. P. 4. y L. 15. tit. 17. P. 7.
(5) L. 30. tit. 11. P. 4.
(6) L 30. al fin. tit. 11. P. 4.
(7) L. 30. citada.

to sobre su devolucion, debe volverse á la muger, aunque ella hubiese sido dada por un estraño. (1).

1059. En la restitucion de la dote, ó debe volverse la misma cosa recibida por dote, ú otra en su lugar, segun fuere la constitucion dotal. Disuelto el matrimonio, el marido ó sus herederos deben entregar incontinenti la misma dote, si fuese inestimada (2). La muger no entra *ipso jure* en posesion de ella, porque puede haber lugar à retencion de la dote segun luego se verà, sino que lo hace en virtud de una accion. Si la dote es estimada tiene el marido ò sus herederos el plazo de un año para restituirla (3). Esta dilacion no le es concedida para procurarse una ganancia con el goce de la dote, pues que entonces aun se le habria dado el tiempo de un año para la devolucion de la dote inestimada. La existencia de la dote estimada, y la no existencia de la inestimada, es la causa de esta diversidad en el derecho. Mientras dure el tiempo concedido al marido para la restitucion de la dote, èl ò sus herederos, deben alimentar á la muger.

1060. Por la constitucion de la dote inestimada, se hace el marido deudor de cosa cierta; y como el deudor de cosa cierta se libra de la obligacion que le impuso el contrato por la muerte ó fenecimiento de la cosa (4); podremos concluir, que si perece la dote inestimada, perece para la muger (5). Puede decirse que las cosas perecen para sus dueños, y que el marido lo era de la dote inestimada. Pero las cosas perecen para sus dueños, cuando estos son acreedores de las mismas cosas, es decir, cuando un tercero tiene obligacion de restituirselas, como sucede en las cosas comodadas, pignoradas, ó depositadas (6).

(1) Gregorio Lop. á la L. 30. citada.
(2) L. 32. tit. 11. P. 4.
(3) L. citada.
(4) L. 9. tit. 14. P. 5. y L. 18. tit. 11. P. 5.
(5) LL. 18. y 19. tit. 11. P. 4.
(6) Vinn. *in inst.* lib. 3. tit. 24. al § 3. n. 8.

Pero cuando el señor es deudor de ellas al mismo tiempo, y perecen sin culpa suya, no es de su cuenta el fenecimiento.

1061. Puede volverse otra cosa en lugar de la dote 1.° cuando es dote estimada (1) y 2.° cuando se han dado cosas que constan de número, peso y medida (2). Por la estimacion de la dote el marido se hace deudor de gènero y no de especie, y asi para él se aumenta, para él se desmejora y para él perece la cosa dada en dote (3). Si la obligacion ha sido alternativa, como al deudor le corresponde la eleccion en las obligaciones alternativas (4) podrá el marido volver la cosa que se le dió en dote estimada, aun cuando ella se halle desmejorada (5).

1062. En la restitucion de las dotes deben tomarse en cuenta las mejoras hechas por el marido en el fundo dotal, pues que el derecho le permite deducirlas de la dote dandole una *cuasi retencion* (6) para ser pagado de las mejoras necesarias y útiles (7). La cuasi retencion concedida al marido, es diferente de las retenciones ordinarias. Al que compete la retencion, si paga sin retener no le corresponde la accion *conditio indebiti*; pero si el marido paga la dote sin retenerla, puede sin embargo cobrar lo impendido en el fundo dotal (8). Las mejoras voluntarias son á cargo del marido (9), à no ser que las haya hecho para vender la cosa, pues entonces son de cuenta de la muger (10).

---

(1) L. 7. y 18. tit. 11. P. 4.
(2) L. 21. tit. cit.
(3) L. 18. tit. 11. P. 4.
(4) L. 24. tit. 11. P. 5.
(5) L. 18. tit. 11. P. 4. y vease la ley 19.
(6) Inst. *de accionibus* §. 37.
(7) L. 32. tit. 11. P. 4.
(8) Cujacio al tit. 5. lib. 4. Cod.
(9) L. 32. tit. 11. P. 4.
(10) Véase á Cujacio *ad Edictum Pauli* lib. 36. ley 4. y al lib 5. tit. 13. Cod.

1063. Los frutos de la dote del año en que se disuelve el matrimonio se dividen *prorata temporis*: es decir, son del marido por el tiempo que en aquel año duró el matrimonio, y de la muger por el tiempo restante, esten ò no percibidos (1). Las leyes romanas y las de partida hablaban de esto, pero sin consideracion à los efectos que dieron despues à la sociedad conyugal las leyes recopiladas; y por lo tanto debe hoy tenerse presente lo dicho sobre el particular, cuando se juzga continuar dicha sociedad despues de disuelto el matrimonio: pues entonces los frutos se dividirán como gananciales.

1064. Veamos ahora las acciones que la muger tiene para ser pagada de su dote disuelto el matrimonio. El derecho le constituye á la muger aun ignorante del contrato, (2) una hipoteca tácita sobre todos los bienes del marido, y le da privilegio de prelacion sobre cualquier otro acreedor, aunque sea primero, à no ser que tenga hipoteca *especial* anterior, y no tàcita ô legal (3). Ella tiene estos derechos aun en el caso, que habiendo cobrado la dote al marido fallido se la volviese â entregar (4). La ley prefiere contra la dote al que tiene hipoteca general anterior; pero hoy creemos que no tendria prelacion el hipotecario general por estar mandado que no se registren las hipotecas generales, es decir, que no pueda haberlas (5). Con la deuda del fisco es equiparada la dote (6), y la que es primera en tiempo obtiene prelacion (7). El privilegio de prelacion que goza la dote, se cuenta desde el dia en que fuè constituida, ò desde que se entregó segun fuere el pacto

---

(1) L. 26. tit. 11. P. 4.

(2) Cuj. c. á la L. 1 § *Et ut plenius* tit. 13. lib. 5. Cod.

(3) Vèanse las LL. 23. 29. y 33. tit. 13. P. 5 y 17. tit. 11. P. 4.

(4) Véase la confirmacion de las Ordenanzas de Bilbao que deroga el artic. 54. del cap. 17 que disponia lo contrario.

(5) Real ced. de 29 de Septiembre. de 1802.

(6) L. 33. tit. 13. P. 5.

(7) L. 27. tit. 13. P. 5.

dotal; por ejemplo: una muger promete dote á su marido, despues de este pacto el marido hipoteca especialmente alguna de sus cosas á otro, y luego la muger entrega la dote prometida. En este caso el hipotecario especial es anterior á la entrega de la dote y posterior á su constitucion. Decimos, pues, que èl debe ser preferido, porque los bienes del marido solo tienen hipoteca legal por la dote que recibiò (1), y no por la que se le prometiò. Pero pongamos el caso que despues de prometida la dote, él hipotecase sus bienes para seguridad de ella, y despues de esto, y antes que se le entregase gravó algunos con hipoteca especial; será entonces preferida la dote, porque la ley permite constituir hipoteca por la dote ofrecida, y le da los mismos efectos que á la hipoteca legal por la dote recibida (2).

1065. Siendo el marido deudor de dos dotes, es preferida la dote de la primera muger; *porque estos dos dèbdos son de una natura*, (3); à no ser que en los bienes del marido se hallasen algunas cosas pertenecientes à la segunda muger.

1066. Decimos que la primera dote es preferida â la posterior; pero debe esto entenderse cuando tengan ambas hipoteca y privilegio; por ejemplo, un esposo recibe dote de la muger con quien va à casarse: no se casa con ella, sino con otra de quien tambien recibe dote; en este caso la dote de la muger es preferida á la dote de la esposa, pues aunque una y otra tenga hipoteca, sin embargo la ley no le ha dado privilegio de prelacion à la dote de la esposa (4).

1067. Tampoco la dote es preferida à la accion de los hijos del primer matrimonio por los bienes que su madre les tenia cuando contrajo el segundo, pues lo dado en

(1) L. 23 tit. 13. P. 5.
(2) L. 33. tit. 13. P. 5.
(3) L. 33. tit. 13. P. 5.
(4) Véase á Cujacio al tit 12. lib. 5. Cod.

dote por la muger al segundo marido, estaba ya por la ley hipotecado á la deuda de sus hijos (1).

1068. El mismo privilegio tiene la muger por las sumas que le debia su marido antes del matrimonio, y que ellas se las constituyò en dote, porque la dacion en dote obra una novacion. El marido no es como antes un simple deudor, pues que su deuda ha dejado de ser exigible (2).

1069. La ley conserva á las mugeres el dominio natural en las cosas dotales, aun sobre las que han sido estimadas: podrá, por lo tanto, siendo el marido insolvente vindicarlas con la accion de dominio, ó perseguirlas con la accion hipotecaria como cosas del marido (3). La famosa ley *in rebus*, cod. *de jure Dot.*, nada deja que dudar á este respecto; y mil leyes y autores españoles vienen en apoyo de esta doctrina (4).

1070. El privilegio de prelacion que la ley concede á la muger pasa á sus hijos, pero no á sus herederos estraños (5); porque los beneficios personales pasan unicamente á los hijos herederos (6).

1071. Ejecutado el marido ó sus hijos por la entrega de la dote, tienen el beneficio de competencia para no poder ser reconvenidos en mas de lo que buenamente puedan pagar, quedándoles lo preciso para su subsistencia (7).

1072. Finalmente la accion para repetir la dote se acaba por las mismas causas, porque se quitan ó concluyen las obligaciones, de lo cual se tratará en el título 30 de este libro.

ARTÍCULO UNICO.

BIENES PARAFERNALES.

1073. Parafernales se llaman todos los bienes de la

(1) L. 26. tit. 13. P. 5.
(2) Arg. de la L. 13. tit. 11. P. 4. Merlin *Repertoire verb. Dot.* § 12. n. 2.
(3) Cuj. al tit. 12. lib. 5. Cod.
(4) Gomez en la L. 52. de Toro.
(5) Vinn. al §. 29. de *accionib*. n. 5. y Greg. Lop. en la L. 33. tit. 13. P. 5.
(6) Cuj. á la L. 1. §. *cum autem*. tit. 13. lib. 5. Cod.
(7) L. 32. tit. 11. P. 4.

muger que no han sido constituidos en dote. Estos bienes pasan al dominio y administracion del marido, si la muger se los entrega (1) (*); pero no entregandoselos, aunque se

---

(1) L. 17. tit. 11. P. 4.

(*) Hoy dia está dividida la opinion de los jurisconsultos sobre la naturaleza de estos bienes. Dicen algunos que no pudiendo la muger tratar ni contratar sin licencia del marido, debe precisamente entregarle los bienes parafernales; porque siendo tambien el marido por las leyes Recopiladas administrador de todos los bienes de la sociedad conyugal, y teniendo de ellos la mitad de los gananciales, no puede la muger encomendar á otro la administracion. De este antecedente deducen una consecuencia de la mayor importancia. Dicen, que teniendo los bienes parafernales igual hipoteca que los dotales cuando la muger los entrega al marido, con mayor razon deberán tenerla cuando la ley se los entrega: es asi que hoy, como se ha dicho, la ley hace al marido administrador de los bienes parafernales, luego despues de las leyes Recopiladas no hay diferencia entre bienes dotales y parafernales respecto á su administracion y seguridad, entregueselos ó no la muger.

Podemos, sin embargo de la razon que al parecer acompaña á estas deducciones, sostener lo determinado por la ley de Partida. La opinion contraria creemos se funda en bases erradas. Cuando se dió la ley de Partida sobre parafernales, regian en toda la España leyes que mandaban que las mugeres no pudiesen tratar sin licencia del marido; y asi en esto no ha habido novedad alguna introducida por las leyes Recopiladas. Una ley dada en las cortes de Najéra decia asi: *Esto es por fuero de Castiella que ninguna deunna que haya marido, non puede comprar ningun heredamiento, nin puede facer fiadura ninguna contra otro sin otorgamiento de su marido......* Otra del fuero de Molina mandaba: *La muger que fuese maridada non haya poder de empennar nin de vender sin mandamiento de su marido.* Finalmente, con mas claridad se mandó lo mismo en el fuero de Sepulveda: *Toda muger casada ó manceba en cabello, ó vibda que morase con padre ó con madre en su casa, non haya poder de adebdar ninguna debda mas de fasta un maravedī, nin de vender, seyendo de seso, si non fuer con placenteria del pariente con qui morare: et qui quier que mas le manlevare, ol comprare lo suyo, à menos de como sobre dicho es, pierdalo el que lo comprare.* Esta legislacion se hizo general en Castilla, como se ve en el título 1. lib. 5. Fuero viejo y en los tit. 18 y 20. lib. 3 Fuero de las leyes.

El otro error es asentar que el marido es el ûnico administrador de los bienes de la sociedad conyugal, cuando no hay ley alguna que lo mande; y se quiere asi probar la proposicion con lo mismo que debía demostrarse. Vemos aun que siendo sin disputa e marido

consuman en el uso de ambos, ó de su familia, consintièndolo la muger, no tendrá obligacion el marido ni sus herederos de abonar su valor; á no ser que por este uso se haya hecho mas rico, pues entonces estará obligado en cuanto utilizó: ó si hubiese gananciales, pues entonces la muger podrá sacar el importe de dichos bienes, como fondo puesto en la sociedad conyugal. Mas si el marido los consumió en el uso de su casa ó familia, ignorándo y no consintiendolo su muger, está obligado à la integra restitucion de su valor, porque no se presume haberselos donado: lo cual procede haya ó no gananciales; pues en caso de no haberlos los deberá reintegrar de su capital, como deuda contra èl (1).

1074. La muger tiene hipoteca legal sobre todos los bienes del marido para la restitucion de los bienes parafernales que tácita ó espresamente hubiese entregado á su marido, pero si ella y no este tuvo la administracion, enton-

---

dueño y administrador de los bienes dotales, en muchos casos la muger es administradora de ellos, lo que prueba, que de no poder tratar ni contratar sin licencia del marido, no se sigue que tenga incapacidad legal para administrar. Cuando el marido viene á pobreza por su culpa, puede la muger pedir su dote y administrarla (L. 29. tit. 11. P. 4.) Una ley posterior à las leyes Recopiladas dice que la muger de un marido fallido que es ejecutado, cobrando su dote, que no debia *volverle à encomendar su administracion* (cap. 17. arti. 54. Ord. de Bilb): esto prueba que ella podia administrar, y por eso le quita toda prelacion si vuelve á darle la dote. Revocada la principal parte de esta disposicion, se ordena aun en la confirmacion de dichas ordenanzas, que deba la muger probar que hizo á su marido segunda entrega de la dote; lo que tambien demuestra que legalmente pudo no hacerla. Asi pues no es el marido siempre el único administrador de los bienes de la sociedad conyugal. Por otra parte, porque la muger no pueda contratar sin licencia de su marido, no se sigue que debe entregarle todos sus bienes, pues que si el marido no se la diese por una causa legal, como es la administracion de sus bienes parafernales, podria darsela el juez. Finalmente, de la doctrina que impugnamos se sigue una igualdad perfecta entre los bienes parafernales y dotales, y esto muchas veces seria perjudicial á la muger, y vendrian las leyes penales á recibir una estension que el legislador no quiso darles. Por ejemplo, una muger condenada por adulterio, tendria tambien que perder los bienes parafernales, cuando el derecho solo la condena á la pérdida de los dotales.

(1) Feb. tom. 1. pag. 77. Gomez en la L. 50. de Toro n. 44. y sig.

ces no estan obligados sus bienes, *ca luego*, dice la ley, *que el marido recibe la dote, ó las otras cosas que son llamadas paraferna, son obligados por ende todos sus bienes.* Si tiene ò no esta hipoteca la misma prelacion que tiene la dote respecto á las hipotecas tácitas anteriores, es cuestion que no está decidida por las leyes; pero la general opinion de los DD. se la niega (1).

---

(1) Gutierr. *juram. confirm.* Part. 1. cap. 46. n. 1. Vela Discet. 2. n. 61. Covar. Var. lib. 1. cap. 7. n. 1.

TÍTULO XXVIII.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DEL CUASI CONTRATO.

1075. Habiendo tratado ya de los contratos verdaderos, síguese ahora tratar de los cuasi contratos. Estos son *unos hechos lícitos por los cuales quedan obligados aun los ignorantes en virtud de un consentimiento que el derecho presume atendida la equidad.* Deben ser *hechos lícitos*, porque de los torpes ó ilícitos no nace obligacion de esta naturaleza. Se añade que la obligacion nace en virtud de un consentimiento presunto ò ficto, porque esta es la diferencia que hay entre los contratos verdaderos y los cuasi contratos, que para aquellos se requiere consentimiento verdadero, y estos nacen de presunto ò fingido por el derecho. Mas como las leyes nada fingen sin fundamento, esta ficcion lo tiene en la equidad y utilidad; y asi daremos tres reglas, de las cuales se infiere cuando el derecho puede fingir que alguno ha consentido.

1076. 1ª. *Todo hombre se presume que consiente en aquello que le trae utilidad.* De este fundamento nace la obligacion que el pupilo tiene de indemnizar al tutor de los gastos hechos en la tutela, aun no siendo capaz de consentir por ser infante.

1077. 2.ª *Ninguno se presume que quiere enriquecerse con daño de otro* (*). De este fundamento nace la obligacion que tiene de restituir aquel á quien se ha pagado algo indebidamente.

1´78. 3.ª *El que quiere lo que antecede no debe dejar de querer lo que es consiguiente* (†). Por esta regla queda obligado el mastre de un navio à pagarme el daño que se haya causado à mis cosas, habiéndolas recibido para transportàrmelas.

(*) Regla 17. tit. 34 P. 7.

(†) Regla 29. tit. cit.

1079. Aunque son muchos los cuasi contratos, aqui solamente trataremos de los principales, que son seis. 1.° La administracion de negocios agenos. 2.° La tutela. 3.° La herencia. 4.° La comunion de cosas. 5.° La aceptacion de la herencia. 6.° La paga indebida.

1080. 1.° El primer cuasi contrato es la administracion de negocios agenos. Mas para que se entienda perfectamente que cosa es, daremos su definicion, y la esplicaremos consecutivamente. Es, pues, *un cuasi contrato por el cual uno recibe gratis la administracion de algun negocio estrajudicial de otro, ignorándolo él* (1). Se dice que es *un cuasi contrato,* porque si interviniese consentimiento verdadero y efectivo de ambas partes, este que de su voluntad manejaba el negocio ageno, se llamaria mandatario ô procurador, no *negotiorum gestor.* Se dice que se toma la administracion de algun negocio de otro *ignorándolo él,* porque si el otro tiene noticia de lo que se hace, y calla permitiendo que prosiga, será *mandato tacito.* Se añade que ha de ser *negocio estrajudicial,* porque si uno se ofrece á responder por otro en juicio se llama *defensor*; y de aqui es que la muger puede hacer este cuasi contrato, y no puede pedir en juicio por otro. Finalmente, debe ser de *su voluntad y gratis:* de otra suerte será esta administracion un negocio innominado, que ni será locacion ni contrato *do ut des,* pues el ignorante no ha consentido en dar paga.

1081. De este cuasi contrato nace una recíproca obligacion entre el administrador y el ausente, ò por decirlo mas bien, tiene sus peculiares obligaciones cada uno de los dos, las que veremos aqui.

1082. Las obligaciones del administrador son tres. La 1.ª es administrar el negocio ageno útilmente, pues en tanto obliga al ausente é ignorante, en cuanto le promueve su utilidad (2). De aqui es que si uno hizo gastos en la cosa de

(1) L. 26. tit. 12. P. 5.
(2) Ll. 26 y 29. tit. 12. P. 5.

otro que solo son para deleite y recreacion, no tendrá accion contra él para indemnizarse (1). Pero si el *negotiorum gestor* hizo gastos que parecia que efectivamente promovian la utilidad del otro, y despues no resultò ser asi, con todo esto tiene accion para recobrarlos (2). 2.ª El administrador de negocios agenos por lo regular està obligado á prestar la culpa leve, esto es, à poner hasta la diligencia media (3). Mas algunas veces estará obligado hasta la levísima, como en el caso que hubiese otro mas diligente que se ofreciese á administrar el negocio (4). Otras veces solo estará obligado à la culpa lata, como si administrase el negocio de otro que estaba del todo abandonado, de suerte que á no hacerlo él se hubiera perdido (5). Finalmente, puede quedar obligado aun al caso fortuito; y esto seria si el administrador se metiese en un negocio peligroso, de aquellos que no acostumbraba hacer el ausente, como si entablase comercio marítimo y pereciese la nave, ù otro semejante; pues en todo caso la pérdida serâ para solo el *negotiorum gestor* (6). 3.ª El administrador de cosas agenas está obligado á dar cuentas al dueño de lo que haya producido el negocio, deducidas las espensas (7).

1083. Las obligaciones del ausente son otras tres. 1.ª El administrador de negocios obliga no solo al ignorante, sino aun al que ha de nacer, al furioso, y aun en caso de errar en la persona, como si administrase un negocio de Cayo creyendo que era de su amigo Ticio (8). La razon es, porque aqui no se requiere verdadero consentimiento, sino que basta para obligar á otro que se haya promovido

(1) L. 26 v. E por ende, tit. 12. P. 5., y la 29. del mismo tit.
(2) L. 28. del mismo tit. y P.
(3) L. 30. tit. 12. P. 5.
(4) L. 31. del mismo tit.
(5) L. 30. ya citada.
(6) L. 33. tit. 12. P. 5.
(7) L. 31.
(8) L. 31. tit. 12. P. 5.

su utilidad, y nadie duda que esta se puede promover en favor del ignorante, furioso, ò del que está por nacer. 2.ª No cesa la obligacion del ausente si la utilidad promovida pereciere por caso fortuito (*); v. gr., si yo reedifiqué ó reparè la casa de Ticio que amenazaba ruina, este queda obligado á pagarme los gastos hechos, aunque despues la dicha casa perezca por un incendio. La razon es, porque en los contratos por lo regular no se presta el caso fortuito. 3.ª Finalmente, el ausente queda obligado á indemnizar al administrador de los gastos hechos en su utilidad (1). La razon es la segunda regla ya dada, que ninguno se presume que quiere enriquecerse con daño de otro.

1084. Las acciones que nacen de este cuasi contrato son dos: una directa y otra contraria. La primera se da al ausente contra el que administró sus negocios para que dè cuentas, resarza los daños si los hubiere causado, y para todo lo demas à que hemos dicho está obligado el *negotiorum gestor* (†). La segunda compete al administrador contra el ausente para que le indemnice de las impensas necesarias y ùtiles &c. (‡).

1085. 2.º El segundo cuasi contrato es la tutela. Esta se puede considerar de diversos modos: respecto de la república es cargo pùblico: respecto del pupilo que està bajo de ella es una cualidad de los hombres que no estan bajo de potestad, de los cuales unos estan bajo de tutela ó curatela, y otros á nada de esto estan sujetos. Pero si consideramos la obligacion que resulta entre el tutor y el pupilo, veremos que nace de un cuasi contrato, porque aunque el pupilo no se puede obligar directamente ni consentir en cosa alguna, con todo, aqui se presume que consien-

(*) L. 30. tit. 12. P. 5.

(1) L. 28. tit. 12. P. 5.

(†) L. 26 al fin tit. 12 P. 5.

(‡) L. 28.. y cuales se llamen necesarias ó ùtiles, lo enseña la L. 10. tit. 33. P. 7.

te segun la regla primera dada arriba: *todo hombre se presume que consiente en lo que le trae utilidad.*

1086. La accion que nace de este cuasi contrato se llama accion de tutela, la cual es ô directa ó contraria. La primera intenta el pupilo, y la segunda el tutor: aquel para que se le den cuentas de la administracion, y para que se le resarzan los daños si los ha habido: este para que se le indemnice. Estas mismas acciones, cuando se intentan por el menor contra el curador, ó por el curador contra el menor, se llaman útiles (*). Finalmente, estas acciones no se deben confundir con la que se da contra el tutor sospechoso, ni contra el que diò malas cuentas, pues aquellas nacen de cuasi contrato, y estas de delito (†).

1087. 3.° y 4.° El tercer cuasi contrato es la herencia, y el cuarto la comunion de cosas. Propiamente hablando, una y otra son derecho en la cosa, esto es, un derecho hereditario, y un derecho comun ó que pertenece á muchos: pero la administracion de una hacienda ó de otra cosa comun es cuasi contrato, porque el que administra se presume que consiente en dar cuentas con exactitud, y en hacer à su tiempo la division (1), siendo constante que quien quiere lo que antecede debe querer lo que es consiguiente. Asi mismo aquel de quien es la herencia ó cosa que se administra, se finge que consiente y se obliga á indemnizar al administrador, porque ninguno debe enriquecerse con detrimento de otro (2).

1088. 5.° El quinto cuasi contrato es la aceptacion de la herencia. El heredero, pues, por este acto cuasi contrae con los legatarios y fideicomisarios, y se presume que se obliga à pagarles sus legados y fideicomisos (3). Mas á los acreedores del difunto queda obligado en virtud del con-

(*) Vèase la L. 2. tit. 7. lib. 3. Fue. Real.

(†) L. 1. y siguientes tit. 18. P. 6.

(1) Principio del tit. 15. P. 6., y L. 6. del dicho tit.

(2) Dicha ley 6. al fin.

(3) L. 3. tit. 9. P. 6.

trato mismo porque se obligó èl, pues representa en todo su misma persona.

1089. La accion que nace de este cuasi contrato se da á los legatarios y fideicomisarios, y á todos aquellos á quienes se debe algo por el testamento contra el heredero que aceptò la herencia, para que les pague cualquiera cosa que les toque en su virtud con sus frutos y accesiones.

1090. 6.° El ùltimo es la paga indebida, la cual es *un cuasi contrato por el cual uno que por error de hecho ha pagado algo que ni aun naturalmeute debe, se presume que obliga al otro â la restitucion de lo que por ignorancia recibiô* (1). Se dice que es un cuasi contrato, porque como ninguno se presume querer enriquecerse con detrimento de otro, el que recibe queda obligado á la restitucion de la misma manera que si hubiere recibido á mútuo.

1091. Mas para que haya lugar á la repeticion de lo pagado indebidamente se requieren tres cosas, que se deducen de la definicion dada, estas son: 1.ª en el que paga ignorancia: 2.ª que lo pagado no se deba: y 3. en el que recibe buena fê. Por lo que hace à lo primero, hemos dicho que en el que paga se requiere ignorancia, porque si á sabiendas paga lo que no debe, se presume que dona (2). Mas la ignorancia puede ser de derecho ò de hecho: el que paga por ignorancia de derecho no puede repetir en castigo de faltar á la obligacion que todos tienen de saber las leyes, si no es que sea soldado, muger, menor de 25 años, ò labrador, que estan escusados (3). El que pagò por ignorancia de hecho tiene repeticion, porque en esto puede cualquiera padecer engaño (4).

1092. Se requiere en segundo lugar que la paga sea indebida (†). Mas una cosa puede ser indebida, ó porque aun-

(1) L. 28. tit 14. P. 5.
(2) L. 30. tit. 14 P. 5.
(3) L. 31. tit. 14. P. 5.
(4) Arg. de la ley 31. ya citada.
(†) A quien incumba la prueba lo dieen las leyes 29. tii. 14. P. 5. y 6. tit. 14. P. 3.

que se debe naturalmente, no se debe por derecho civil, ò porque aunque se debe por este derecho, no se debe por el natural, ó porque de ningun modo se debe. En el primer caso no se puede repetir lo pagado, porque el que recibió tiene justo derecho de rentencion (1), lo cual no sucede en los dos posteriores, y por eso se concede repeticion.

1093. Finalmente, en el que recibe ha de haber buena fè, pues si sabe que nada se le debe, y con todo recibe, es ladron (‡) aunque por ser esto difícil de probar no se le reconvendrá con la accion de hurto, sino con la de este cuasi contrato, que se llama condicion ó accion para cobrar lo pagado indebidamente.

TÍTULO XXIX.

POR MEDIO DE QUE PERSONAS SE ADQUIERE LA OBLIGACION.

1094. Este titulo es el mismo que el IX del libro II, pues por las mismas personas por quienes adquirimos las cosas, adquirimos las obligaciones, por lo cual se omite tratar de él por no haber otra cosa que añadir,

---

(1) Arg. de dicha ley 31.

(‡) L. 37. tit 14. P. 5.

TÍTULO XXX.

DE LOS MODOS DE DESATARSE LAS OBLIGACIONES.

1095. Hemos concluido ya la materia de contratos; mas como no solo importa saber como se contraen las obligaciones, sino tambien como se disuelven despues de contraidas, síguese ahora tratar de esto en el ùltimo título de este libro.

1096. Toda obligacion se quita, ó *ipso jure*, ô mediante alguna escepcion. Se dice quitarse una obligacion *ipso jure*, cuando el modo de disolverla surte su efecto desde el instante en que existe, sin necesidad de que se oponga escepcion alguna; v. gr., en la compensacion. Por el contrario: se quita la obligacion mediante escepcion, cuando no se disuelve hasta el momento en que se opone ; v. gr., la deuda contraida por un hijo de familia que recibió â mútuo. En este tìtulo se trata de los modos de disolverse la obligacion *ipso jure*. Estos son de dos maneras, ò comunes à todos los contratos, ó propios y peculiares de alguno ; v. gr., la paga es comun â todos los contratos; y asi de este modo se acaba la obligacion del mùtuo, comodato, compra &c. Por el contrario : por el mútuo disentimiento solo se desatan los contratos consensuales : la razon es, porque no hay cosa mas natural como que todo se disuelva del modo que se unió. Los modos comunes de disolverse los contratos son seis: 1.° la solucion ò paga: 2.° la compensacion; 3.° la confusion: 4.° la oblacion y consignacion: 5.° la destruccion de la cosa ; y 6.° la novacion (1). Entre los propios no contaremos mas que el mútuo disenso, porque el darse por recibido de la cosa, que llamaban los antiguos aceptilacion, puede tener entre nosotros lugar en todos los contratos.

1097. El primer modo de quitarse cualquiera obligacion

(1) L. 2. tit. 14. P. 5.

es la solucion ó paga, la cual es *una verdadera entrega de aquello que se contiene en la obligacion* (1). Se requiere una verdadera entrega para que se distinga de la compensacion, porque aunque dice un proloquio de derecho, que *compensar es pagar*, se entiende en cuanto al efecto, el cual es el mismo que cuando realmente se paga. Pero hablando en rigor, la compensacion no es la paga de que aqui hablamos, porque no se presta materialmente lo que en virtud de la obligacion se debe.

1098. Pueden pagar todos aquellos que tienen la libre administracion de sus bienes. De donde se sigue que el pupilo es incapaz de hacer paga. Mas para el valor de la paga importa poco que uno pague por sí ò por otro, ya sea ignorante ò invicto (2), pues siempre se estingue la obligacion. Es verdad que el que paga por uno que contradice no tiene accion contra èl por la cantidad que paga; pero la tendrá si el acreedor le cede sus derechos. A mas de esto, la paga se debe hacer de aquello que precisamente se debe, y no una cosa por otra, si no es que consienta el acreedor (3). En tercer lugar se debe pagar toda la deuda de una vez, y ninguno debe ser forzado á recibir paga hecha por partes, por varios inconvenientes que traen estas pagas (†). Uno de ellos es la facilidad conque se disipa el dinero recibido en porciones menudas. Se debe tambien pagar en el lugar y tiempo que se tratò, y el que paga mas tarde, ò de otra suerte de como se convino, queda obligado â pagar á su acreedor los daños y perjuicios (4).

1099. Finalmente, el efecto que produce la paga hecha como hemos insinuado es estingir al momento toda la obligacion del deudor para con su acreedor, y como cesando la

(1) LL. 1. y 5. tit. 14. P. 5.

(2) L. 3. al fin v. E. non tan solamente, tit. 14. P. 5. * y Auto 5. n. 3. tit. 21. lib. 5. Autos acordados.

(3) Dicha ley 3. en el principio.

(†) L. 9. tit. 20. lib. 3. Fuero Real.

(4) LL. 3. tit. 8. tit. 11. P. 5.

obligacion principal deben tambien cesar las accesorias, se sigue que quedan tambien libres los fiadores, prendas é hipotecas, si las hubiere (1)

1100. El segundo modo comun à todas las obligaciones es la compensacion, la cual no es otra cosa que contrapesarse la obligacion del deudor con la del acreedor (2). Veamos ahora sus requisitos y sus efectos. Los requisitos son tres. 1.° Que una y otra deuda sea eficaz, líquida y pura; porque una deuda eficaz ó innegable no se puede compensar con otra ineficaz, ó acerca de la cual se pueden oponer escepciones, como tampoco una lìquida y determinada con otra ilìquida, ni una pura con otra condicional, porque en todos estos casos es incierto si se debe, ò á lo menos cuanto se debe (3). El 2.° que una y otra deuda tengan estimacion determinada; por lo cual un género con otro no se puede compensar (*); v. gr., Ticio me debe un libro, y yo á él un caballo, en este caso no podrá tener lugar la compensacion. El 3.° que uno mismo sea deudor y acreedor; y asi, si mi hermano debe á Ticio cien pesos, y yo le debo á él otros tantos, no podrá haber compensacion, porque no es uno mismo el deudor y el acreedor (4). El efecto de la compensacion es el de la paga; pero si las deudas son de diversa cantidad, la deuda mayor se disminuye todo aquello que importa la menor (†); v. gr., Ticio me debe mil pesos, y yo à él seiscientos, en este caso por la compensación se disminuye la deuda de Ticio á cuatrocientos pesos, los cuales solamente tendrá que pagarme.

1101. El tercer modo de quitarse la obligacion es la confusion, por la cual entendemos aqui el caso en que se junten en una misma persona los derechos de acreedor y

(1) L. 1. tit. 14. P. 5.
(2) L. 20. del mismo tit.
(*) L. 21.
(3) Dicha ley 20 al fin.
(4) L. 21. tit. 14. P. 5.
(†) L. 22.

de deudor. Que en este supuesto se desata la obligacion es claro, porque ¿ quien podrá ser deudor y acreedor de sí mismo ? Este caso se puede figurar en la herencia ; v. gr., Ticio me debe mil pesos : al tiempo de su muerte me instituye por heredero en su testamento : si yo acepto la herencia por el mismo hecho me hago acreedor de mi mismo, porque como heredero sucedo en todos los derechos y obligaciones del difunto. Lo mismo puede suceder en la sociedad universal, y tambien se acabará la obligacion.

1102. * La extincion de la obligacion principal que tiene lugar cuando el acreedor viene á ser heredero del deudor, obra tambien la extincion de la obligacion de los fiadores ; porque extinguida la obligacion principal, se extingue tambien la accesoria. Pero la extincion de la obligacion de la fianza que obra la confusion cuando el acreedor sucede al fiador, ó el fiador al acredor, no trae la extincion de la obligacion principal, porque no tiene para existir necesidad de la obligacion accesoria.

1103. El cuarto modo por el cual se puede quitar toda obligacion es la oblacion y consignacion de la deuda. Este tendrá lugar siempre que el acreedor sea moroso en recibir la cantidad adeudada, ò porque no quiere, ò porque no puede ; v. gr., uno me vendió á mi una casa en diez mil pesos con calidad de reconocerlos á usura mientras no se los pagase : pasado algun tiempo le ofrezco el dinero, y el no le quiere recibir por continuar percibiendo las usuras : en este caso puede usar de la oblacion ò consignacion. Esta, pues, es un modo de quitarse la obligacion por presentar el deudor al juez, y depositar toda la suma que debe à su acreedor (‡), á quien la ha ofrecido en lugar y tiempo conveniente, y no ha querido ó no ha podido recibìrsela (1). Se requiere, pues, que se haya ofrecido el dinero al acreedor

(‡) Véanse las leyes 9. tit. 20. lib 3. Fuero Real. 38 tit 13. y 14. tit. 12. P. 5.

(1) L. 8 tit. 14 P. 5.

en tiempo y lugar conveniente, y que éste no le haya recibido; y que dicho acreedor sea citado por el juez para que vea depositar y guardar el dinero. El efecto que produce este acto es: 1.° Que el deudor queda libre de toda obligacion como si hubiese pagado. 2.° que cesan de correr las usuras. 3.° Que si por algun caso se pierde el dinero en dicho depósito, no se pierde para el deudor, sino para el acreedor (1).

1104. Síguese la destruccion de la cosa, por la cual se acaba toda obligacion indistintamente, proceda del contrato que procediere. Pero es menester hacer distincion en la cosa que se debe, para saber como y cuando se quitará la obligacion de este modo. La cosa adeudada puede ser género, v. gr., un caballo; ó especie, v. gr., tal caballo; ò cantidad, v. gr., cien pesos. Si se debe género ò cantidad, la pérdida ó destrucion de la cosa no libra, porque el género ó la cantidad nunca perecen (†). Pero si se debe una determinada especie, v. gr., esta casa, ò tal caballo de la caballeriza, pereciendo dicha especie, se estinguió la obligacion (2). La razon es porque lo que ya no existe es imposible entregarle. Se esceptúa el caso de que la cosa pereciese por dolo ó culpa del deudor, ó si éste fuese moroso en entregarla, pues entonces deberà pagar la estimacion de la cosa perdida (3).

2105. El sesto y último modo comun de quitarse las obligaciones es la novacion, que no es otra cosa que una transfusion ò traslacion de la primera deuda y obligacion en otra nueva obligacion civil ò natural sin intervencion de nueva persona; de suerte que la primera queda estinguida, y libres la hipoteca y prendas ligadas á ella, y cesan ò de-

(1) L. 8. ya citada al fin.
(†) L. 10. tit. 1. P. 5.
(2) L 9 tit. 14. P. 5. * L. 18. tit. 11. P 5.
(3) Dicha ley. 9. * L. 18 y 19. tit. 11. P. 5.

jan de correr los intereses en ella pactados, estando hecha legítimamente (1).

1106. La novacion es de dos maneras: una que se llama voluntaria, y otra necesaria: la primera es la que se hace por voluntad de los contrayentes mediante alguna convencion; v. gr., convenimos en que el dinero que tengo en depôsito le tenga á mùtuo: aqui ninguno nos precisa à novar; y asi, esta novacion es voluntaria. La necesaria es la que se hace en juicio por la litis contestacion, la cual se llama *aumentativa* ó *cumulativa*, porque no estingue la obligacion primera, antes bien la robustece y fortifica mas; v. gr., debo cien pesos en virtud de mũtuo: se presenta el acreedor contra mi para que se los pague: se me manda contestar el pleito: contestándole yo se hace novacion y debiendo antes solamente por mũtuo, comienzo ya à deber por el cuasi contrato de la litis contestacion; y asi, cuando se me haya condenado á pagar, no se me reconvendrà por el áctor con la accion de mútuo, sino con la accion de cosa juzgada (2).

1107. Para que se entienda haber novacion, es menester que los contrayentes lo espresen claramente, y asi porque uno se obligue de nuevo á pagar la misma cosa en virtud de otra obligacion, no se entiende apartarse del primer contrato, sino afirmarle mas, añadiendo obligacion á obligacion. En consecuencia de esto no se hace propiamente novacion por la intervencion de nueva persona en el contrato, â menos que se pacte espresamente (a).

(1) L. 15. tit. 14. P. 5.

(2) Véase á Febr., tom. 5. pag. 120. n. 12. y pag. 123. n. 16.

(a) Esta especie de novacion se llama con delegacion. Comunmente dividen á la novacion en una que se hace sin delegacion, y otra con ella. La primera se hace cuando permanece el mismo deudor y acreedor y solo muda la forma de la obligacion. La segunda es cuando se muda la persona del deudor. La novacion sin delegacion se puede verificar de tres modos: 1.° Mudando la especie de la obligacion; v. gr., debia antes cien pesos por depósito, y ya los debo por mútuo. 2.° Añadiendo, ó quitando alguna cosa á la primera obligacion; v. gr., antes debia

1108. Sìguense ahora los modos peculiares de disolverse algunos contratos. Entre estos ponian los antiguos la aceptilacion y el mútuo disenso. Por aceptilacion entendian el darse uno por recibido de lo que se debe y perdonarlo al deudor, el cual se puede tener en el dia por modo de disolverse cualquiera obligacion, no solo las verbales, como querian los romanos; de suerte que entre nosotros no habrá mas modo peculiar de quitarse algunas obligaciones que el mùtuo disenso. Este no es otra cosa que una convencion contraria á la primera que todavia no se habia cumplido por ninguna de las dos partes; v. g., habia yo convenido con Ticio en que se compraria tal cosa en dos mil pesos, y despues nos apartamos uno y otro del contrato celebrado, este será mútuo disentimiento. Todo esto es claro, y no hay mas que advertir sino que de este modo se desatan los contràtos consensuales antes de cumplirse por ninguna de las dos partes, pues aunque puedan apartarse aun en el caso de haberse entregado la cosa y el precio, esto mas es hacer un nuevo contrato que disolver el primero.

---

yo cien pesos sin usuras, ahora prometo ios mismos con usuras. 3.° Si nada se muda, sino solamente se renova la primera obligacion. La novacion con delegacion se verifica tomando otra persona en sì la obligacíón, de suerte que qnede enteramente libre el deudor principal; y esta es la que se llama espromision. Véanse algunos casos de novaciones menos propias que trae Febrero en el lugar ya citado n. 15.

LIBRO CUARTO.

TÍTULO I.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE DELITO.

1109. Todo derecho á la cosa, segun se ha dicho arriba, nace de la obligacion. Esta trae su orìgen, ó inmediatamente de la equidad, ó mediante algun hecho, el cual es ò lícito ó ilícito. El lìcito le hemos llamado convencion tratando de los contratos. Mas como el hecho ilícito, que es otra fuente de diversas obligaciones, se llama *delito* ó maleficio, síguese ahora tratar de los delitos.

ARTÍCULO 1.°

DE LOS DELITOS EN GENERAL,

1110. Por delito entendemos *un hecho ilícito cometido voluntariamente, por el cual se obliga quien le ejecuta asi á la restitucion como á la pena* (1). Se llama el delito *un hecho*, porque de la clase de delitos están escluidos los pensamientos (2). *Ilícito*, porque cuando no hay ley que prohiba, sea natural ó civil, no se delinque obrando. Debe ser *cometido voluntariamente*, porque faltando la libertad, ningun hecho se puede imputar. Finalmente, se añade que por el delito *se obliga quien le comete à la restitucion y â la pena*, porque en todo hecho ilícito hay dos cosas que considerar, el daño hecho â otro, y la infraccion de las leyes : lo primero solo se puede subsanar por la restitucion en cuanto fuere posible ; y por lo segundo es justo que sufra la pena.

(1) Prol. del tit. 1. P. 7.
(2) L. 2. tit. 31. P. 7.

1111. Todo hecho ilícito puede traer su orìgen ò de dolo, esto es, de intencion directa de dañar, y entonces se llamará *delito verdadero*, ô de culpa lata, esto es, de descuido y negligencia, y entonces es *cuasi delito* (1); v. gr., si un juez da una sentencia injusta por dañar à otro, comete un delito verdadero; pero si lo hace por ignorancia sera un cuasi delito. Los verdaderos delitos, de que trataremos primeramente, ó son públicos ó privados. Delitos públicos son aquellos que se dirigen principalmente contra el estado de la república, y dañan inmediatamente su seguridad y tranquilidad, y se llaman propiamente *delitos*, y tambien *crìmenes*; v. gr., el delito de lesa-magestad ò de traicion. Delitos privados son los que directa é inmediatamente ceden en perjuicio de los particulares, sin que por esto dejen de ser dañosos á la república, y se dicen *maleficios*.

1112. La diferencia de delitos públicos y privados no solo nace de la diversidad del objeto contra quien primariamente se dirije el daño, sino tambien porque en los primeros puede el juez proceder contra el delincuente de oficio propio ó por denuncia ó acusacion, la que puede hacer cualquiera del pueblo, sino es que le esté espresamente prohibido. En este sentido, por nuestro derecho todos los delitos son públicos (2), á escepcion del adulterio, en el que no se puede proceder sino à pedimento del marido (3), y del delito de injuria verbal, cuya acusacion solo corresponde al injuriado (4).

1113. Los delitos en general tambien se dividen en ordinarios y extraordinarios: aquellos son los que tienen pena señalada por ley, y estos los que se vindican fuera del órden por no haber pena determinada en derecho. Esto puede acontecer entre nosotros raras veces, porque

(1) L. 1 tit. 31. P. 7.

(2) L. 28 y sig. tit. 1. P. 7.

(3) Ll. 3. tit. 7. lib. 4. Fuero Real, y 2. tit. 19, lib. 8 Rec.

(4) L 4. tit. 10. iib 8 Rec.

las leyes han sido tan prolijas en establecer penas ciertas á toda especie de delitos, que solo uno muy estraño no la tendria señalada. Lo que sí sucede frecuentemente es que las penas impuestas en las leyes no se pueden aplicar à los reos, asi por las diversas circunstancias que ocurren en cada caso, como porque la mutacion de los tiempos ha hecho variar el carácter y costumbres de nuestra nacion. Este es el motivo porque le mayor parte de nuestras leyes penales ha perdido su vigor hasta quedar enteramente anticuadas y sin uso, como lo notaremos en cada delito.

1114. Finalmente, hay unos delitos meramente eclesiâsticos, otros meramente seculares, y otros mistos. Los primeros son aquellos cuyo conocimiento privativamente pertenece á los jueces eclesiásticos; v. gr., los delitos comunes de los clérigos, la simonía, la heregìa (1). Los segundos son los que corresponde conocerse y sentenciarse precisamente por los jueces seculares, ó por estar solamente sugetos à su jurisdiccion los delincuentes, ó por estar prohibidos solamente por el derecho civil y no por el canónico, á quien directamente no pertenece su castigo; v. gr., el delito de traicion, de falsedad, &a. Los terceros son aquellos en que indistintamente pueden conocer los jueces eclesiàsticos y seculares, y se llaman *delitos de misto fuero;* v. gr., la usura, sacrilegio, blasfemia, &a.

1115. Acerca de los delitos de los eclesiásticos es necesario tener presente que los Reyes, en virtud de la suprema potestad que les está concedida por Dios para el castigo de los delitos de todos los que sean miembros del estado, podian poner las correspondientes penas á toda clase de personas. Mas los príncipes cristianos, atentos siempre al obsequio y reverencia debida á la iglesia y á sus Ministros, la defirieron la autoridad de juzgar las causas criminales de estos (2), aunque con algunas limitaciones,

(1) L. 58. tit. 6. P. 1.

(2) Vanesp. P. 3. tit. 3. cap. 1.

pues no todos los delitos de los eclesiásticos quedaron sugetos à su jurisdiccion. Se debe, pues, distinguir entre sus delitos, unos que podemos llamar *comunes* y otros *privilegiados* por graves y atroces: tales son los de lesa magestad, el de parricidio, homicidio incidioso, y otros en que importa el pronto y severo castigo, por el grande riesgo que corre la tranquilidad pública. La primera especie de delitos es privativa de la jurisdiccion eclesiástica; pero la segunda está reservada á la real, cuando haya de imponerse pena corporal, instruyendo el proceso criminal las dos jurisdicciones de acuerdo entre sí, hasta poner la causa en estado de sentencia, en el que se debe remitir al consejo para lo que haya lugar (1).

1116. En virtud de esta potestad que reside en los príncipes, se hallan ya en las las leyes de Partida penas establecidas contra el eclesiástico falsificador del sello real, y perpetrador de otros delitos en sus personas y bienes (2). Pero en semejantes casos, para no faltar al respeto debido á la iglesia, no se procede á sentenciar á los eclesiásticos reos de semejantes crímenes sin que preceda la degradacion y libre entrega (3), remitiendo al efecto las causas á los prelados respectivos (*).

---

(1) Real órden de 19 de Noviembre de 1792, y circular de 15 de Setiembre de 1815.

(2) L. 60. tit. 6. P. 1.

(3) Bened. XIV. de syn. Dioces. lib. 9. cap. 6.

(*) Por ley de 5 de Julio de 1823 fue abolido en Buenos-Aires, todo fuero personal. Pondremos el testo de ella, y por él se veràn las modificaciones que en este pueblo sufre lo que el autor ha espuesto.

Art. 1.° Queda abolido todo fuero personal asi en las causas civiles como en las criminales.

2.° El conocimiento de las causas que se formen para la averiguacion y castigo de los delitos que no pueden cometerse sino por individuos del clero, queda sujeto á la jurisdiccion eclesiastica.

3.° El conocimiento de las causas que se formen para la averiguacion y castigo de los delitos que solo son tales cometidos por un militar, queda sujeto á la jurisdiccion militar.

1117. El efecto de los delitos es que de ellos nacen regularmente dos acciones; una persecutoria de la cosa ó del daño (†), y otra penal, por la que se pide la pena pecuniaria, si la hay impuesta (1). En estos casos se dice intentarse la accion de los delitos civilmente; mas si se intenta con el fin de que el delito se castigue con la pena corporal correspondiente, como de azotes ó de muerte (‡), se dirá intentarse criminalmente.

1118. Entre los dos gèneros de acciones esplicadas hay varias diferencias. La primera, que las persecutorias de la cósa se dan contra los herederos, á lo menos en cuanto hubieron del difunto; mas las penales nó, sino en el caso de estar ya contestado el pleito por el difunto. Segunda, que las persecutorias no infáman como por lo regular las penales. Tercera, en las persecutorias si los delincuentes son muchos, todos estàn obligados *in solidum*; pero pagando uno quedan libres los demas: en las penales no se libran por la paga de uno (¶). De aquí se infiere que las acciones rei persecutorias y penales no se destruyen mútuamente, de suerte que intentada una no se pueda intentar la otra. Lo que sí puede verificarse es, que con una sola accion se pidan ambas cosas.

4.° Queda sujeto á la misma jurisdiccion todo delito cometido por los militares dentro de los cuarteles, en marcha, en campaña ó en acto de servicio.

5.° Los individuos de la marina permanente, y los matriculados, quedan en el caso de los artìculos anteriores.

6.° El conocimiento de las causas criminales de los individuos empleados en el servicio de hacienda y de correos por delitos cometidos en el ejercicio de su oficio, corresponde al respectivo Ministerio.

7.° Los jueces que procedan á la prision de los individuos en los casos que por esta ley quedan desaforados, darán aviso inmediatamente al gefe respectivo del reo.

(†) L. 20. tit. 14. P. 7.

(1) Arg. de as leyes 22. y 25. tit. 1. y 18. tit. 11. P. 7.

(‡) O pecuniaria aplicada al fisco. (Vèase L. 9. tit. 4. P. 3. y Cur. filip. 1.ª P. § 8. n. 3.)

(¶) L. 20. tit. 14. P. 7.

1119. Por pena entendemos un mal que se hace sufrir á los delincuentes para satisfaccion y venganza de los delitos que han cometido (1). Entre estas, unas se llaman *capitales*, porque privan de la vida natural ó civil; v. gr., la horca, el destierro perpetuo; y otras *no capitales*, porque solo hacen sufrir unos males que no llegan à la pèrdida de la vida, como azotes, infamia &c. (2).

1120. Veamos ahora los delitos en particular, y primeramente los que el derecho de los romanos llamaba *privados*, y son el hurto, la rapiña, el daño y la injuria.

ARTÍCULO 2.°

DEL HURTO.

1121. El hurto no es otra cosa que *una contrectacion fraudulenta de la cosa agena mueble, contra la voluntad de su dueño, con ánimo de lucrar* (3). Decimos que el hurto es *contrectacion*, porque no solamente es ladron el que se lleva la cosa agena, sino tambien el que la mueve de su lugar con intencion de llevàrsela. De aquì se infiere que si alguno encuentra al ladron en su casa en el acto preciso de hurtar, deberá éste ser castigado como tal, aun no habiendo transportado la cosa, y que no mereceria sino pena extraordinaria el que hubiese entrado en la casa agena con ánimo de hurtar pero no hubiese tocado cosa alguna. Decimos que el hurto es una contrectacion *fraudulenta*, asì porque el dolo es necesario para todo delito, como tambien para diferenciarle de la rapiña, que es el acto de quitar una cosa á otro no fraudulenta, sino violentamente. Pero se infiere de aquí que el delito de hurto no tiene lugar en los furiosos, locos, infantes, ni pròximos á la infancia (4),

(1) L. 1. tit. 31. P. 7.
(2) Arg. de la ley 4. tit. 31. P. 7.
(3) L. 1. tit. 14. P. 7.
(4) L. 17. tit. 14. P. 7.

porque hasta esa edad no son capaces de dolo. Pero sì le cometerân los próximos á la pubertad, porque regularmente la malicia suple la edad (*). Decimos que el hurto ha de ser *de cosa agena*, porque si el dominio de las cosas no se hubiera introducido, tampoco se verificaria hurto, por ser comunes. De aquí se infiere que ninguno puede cometer hurto de cosa suya. Es verdad que se puede llamar ladron el que á su acreedor hurta la prenda que le entregó para seguridad de su credito, aun siendo señor de ella (†); pero este no es hurto de cosa, sino de posesion, como diremos luego hablando de las divisiones del hurto; y mucho menos de la que sea de ninguno, pues esta debe ser del primero que la ocupa. Asimismo se deduce la razon por qué no comete hurto el que toma algo de una herencia aun no aceptada por el heredero á que dicen *yacente*, pues en este estado aun es de ninguno; pero como se apodera de una cosa que no le pertenece, debe restituirla con sus frutos, y es castigado, aunque no como ladron (1). Decimos tambien que esta substraccion de la cosa agena debe ser contra la voluntad de su dueño, porque si esta se presume ó se supone de buena fé, no habrá hurto (2). Asimismo lo que se tome para socorrer la hambre en caso de necesidad estrema no es hurto, porque ó no es contra la voluntad del dueño, ò á lo menos no lo es contra una voluntad racional. A que se añade que en este caso las cosas se hacen comunes.

1122. Tampoco se verifica hurto entre el padre y el hijo, â lo menos en cuanto á los efectos civiles (‖), pues en lo moral peca, y es un verdadero ladron; pero no nace accion de hurto, ni se le impondrá la pena de tal. Lo mismo se debe decir de la muger respecto del marido (‡)

(*) Vèase las leyes 9. tit. 1. P. 7. 3. tit. 8. P. id. 4. tit. 19. P. 6.
(†) L. 9. tit. 14. P. 7.
(1) L. 21. tit. 14. P. 7. * Vease la ley 3. tit. 13. lib. 4. R.
(2) L. 1. tit. 14. P. 7.
(‖) L. 2. y 3. tit. 2. P. 3.
(‡) L. 5. tit. 2. P. 3.

y del siervo respecto de su señor (1). Finalmente, se añade que debe intervenir en el hurto ánimo ó intencion de lucrar, porque faltando esta será otra especie de delito; y así, si alguno roba una esclava con fin deshonesto, ó si se apodera de mi casa para dañarla, ó para injuriarme no comete hurto (2)

1123. Divídese este delito en hurto de cosa, de uso y de posesion. El primero es tomar una cosa agena mueble, porque si fuere raiz no seria hurto, sino fuerza ò violencia (3). Hurto de uso se verifica cuando uno aunque no se apropia la cosa agena, usa de ella de otra suerte de como debia contra la voluntad de su señor; v. gr., si usa de una cosa dada en comodato por mas tiempo del que se le concediò (4). Finalmente, hurto de posesion se comete cuando se toma la cosa propia justamente poseida por otro; v. gr., si un deudor hurta á su acreedor la cosa que le habia dado por prenda (5).

1124. Se divide tambien el hurto en manifiesto y no manifiesto. Manifiesto se dice cuando el ladron es hallado, ó en el acto mismo de hurtar, ó con la cosa hurtada en la casa ò lugar donde hizo el hurto, ó en cualquier otro, pero antes de transportarla á aquel adonde intentaba, ahora fuese preso, hallado ò visto por el dueño, ò por cualquier otro. No manifiesto es aquel que ni en el acto de hurtar, ni en el camino es visto ni aclamado como ladron (6). Esta division, aunque confirmada por la ley de Partida, ningun uso tiene en la pràctica, como tampoco las penas impuestas á estas especies de ladrones, segun diremos despues.

1025. De mas utilidad es la division del hurto en simple y calificado. Simple es el que se comete sin quebran-

(1) L. 4. en el princ. tit. 14. P. 7.
(2) L. 1. tit. 20. P. 7.
(3) L. 1. tit. 14. P. 7.
(4) L 3. tit. 14. P. 7.
(5) L. 9. tit. 14. P. 7.
(6) L 2. tit. 14. P. 7.

tamiento ni violencia. Calificado es aquel en que intervienen algunas circunstancias que le agraven, como es subiendo por escalas, quebrantando puertas, ò entrando con armas (1). El hurto simple se subdivide en grande y pequeño, es decir, que en este delito se tiene consideracion á la mayor ó menor cantidad hurtada, como tambien à las circunstancias de haber sido cometido de dia ó de noche, por la primera, segunda ò tercera vez, en la ciudad ó en los caminos; todo lo cual importa examinar para graduar la gravedad del hurto y la pena que se le debe imponer (2).

ARTÍCULO 3.°

DE LAS ACCIONES QUE COMPETEN CONTRA LOS LADRONES, Y PENAS QUE LES IMPONE EL DERECHO.

1126. Dijimos, hablando de los delitos en general, que las acciones que nacen de ellos se pueden intentar civil ó criminalmente: si intentàremos la accion civilmente tendrá el efecto de que el delincuente pague la multa pecunaria, siempre que la haya establecida por las leyes, à mas de la restitucion de la cosa ò satisfaccion del daño; pero si se intentare criminalmente, se le castigarà corporalmente con la pena impuesta al delito para escarmiento de otros malhechores, como, v. gr., con azotes, destierro &c.

1127. En el hurto, pues, á mas de conceder el derecho al dueño accion para perseguir la cosa hurtada, ò exigir la estimacion à aquel que se la hurtó (a), debe el ladron, si

(1) L. 7. tit. 11. lib. 8. R.

(2) L. 18. tit. 14. P. 7. y leyes 7. y 9. tit. 11. lib. 8. R.

(a) Debe advertirse que la cosa ó su estimacion la puede pedir el señor contra el mismo ladron, ó sus herederos, por ser la accion con que la pide de las que llaman *persecutorias de la cosa*, que competen tambien contra los herederos, segun hemos notado ya; pero el cuadruplo ó duplo solo puede pedirlo (suponiendo que esta pena estuviese en práctica) contra el ladron, y no contra sus herederos, si no es que viviendo el ladron se hubiese contestado el pleito, por ser esta accion puramente penal. Asi lo dispone la ley 20. tit. 14. P. 7.

el hurto es manifiesto, pagar ademas el cuatro tanto del valor de la cosa, y en el no manifiesto el dos tanto ó duplo (1); estendiéndose esta pena contra los que dan ayuda ò consejo tal que por su influencia se realice el hurto que de otra manera no se hubiera hecho (2). Pero convienen todos en que estas penas pecuniarias impuestas á los ladrones no estan en uso, sino solo las corporales, que diremos, ú otras à arbitrio del juez atendidas las circunstancias, precediendo, siempre que sea posible, la restitucion de la cosa hurtada y satisfaccion de perjuicios.

1128. Acerca de los hurtos simples y calificados está dispuesto que por el primer hurto simple se imponga al reo alguna pena de vergüenza y seis años de galeras, ò á algun presidio (3). Por el segundo cien azotes y diez años de destierro (4). Posteriormente se ha declarado que las penas de los hurtos simples sean arbitrarias, segun y como se regulare la cualidad del delito, teniendo presente para ello la repeticion ò reincidencia, el valor de lo hurtado, la calidad de la persona á quien se hurtó, y la del delincuente &c.; y esto es lo que se practica, por ser dificil que en tanta variedad de casos tengan lugar las penas establecidas para el hurto (5). Por el tercer hurto se debe imponer al reo la pena de horca como â ladron famoso (6), con tal que los tres hurtos sean distintos en las cosas y en el tiempo, y que hayan sido grandes ó de consideracion, lo que debe graduar el juez con atencion á la persona y demas circunstancias (7).

1129. En el hurto calificado se debe imponer pena

---

(1) L. 18. tit. 14. P. 7.

(2) L. 4. del mismo tit. Antonio Gomez, var. resol. tom. 3. cap. 5. n. 4.

(3) LL. 7. y 9. tit. 11. lib. 8. R., y la 18. tit. 14 P. 7.

(4) L. 9. tit. 11. lib. 8. R. y Prág. de 19 de Marzo de 1771.

(5) Real decreto de 18 de Abril de 1745.

(6) Arg. de la ley 7. tit. 11. lib. 8. R. y ley 18. tit. 14. P. 7., y en ella Gregorio Lopez, glosa 5.

(7) L. 17. al fin, tit. 14. P. 7.

de muerte, aun por el primero, en los casos siguientes: 1.° Si fuere ladron conocido que públicamente robase en los caminos. 2.° Si fuere corsario ó ladron que roba en el mar con navíos armados. 3.° Si fuere ladron que entrase por fuerza à la casa ó lugar de otro para robar con armas ó sin ellas. 4.° Si hurtase de la iglesia ú otro lugar religioso alguna cosa sagrada. 5.° Si algun oficial del Rey que tuviese en guarda algun tesoro, ó hubiese de recoger sus pechos ó sus derechos, hurtare ó encubriere alguna parte de ello. 6.° Si el juez hurtase el dinero del Rey ó de algun concejo mientras estuviere en el oficio. Todos estos, y los que les dieren ayuda ó consejo para verificar semejantes hurtos, tienen pena de muerte (1). Tambien se debe imponer la misma pena á los ladrones de bestias y ganados, á que llaman *cuatreros*, en el caso de que lo acostumbren, y no por el primer hurto, por el que se les impone alguna pena mas moderada. Pero sí se les asigna la de muerte cuando en primera ocasion hurtan nùmero de bestias suficiente à llamarse grei; v. gr., de diez ovejas arriba, cinco puercos, cuatro yeguas (2).

1130. Por el segundo hurto calificado impone la ley pena de muerte á los que hurtan en tiempo de guerra á sus compañeros (3). Pero en el dia se mira con suma escrupulosidad la pena de muerte, y por lo regular no se impone á los ladrones sino en algunos casos de extraordinaria gravedad. Se castigan, pues, los hurtos tanto simples como calificados con penas de vergüenza, de azotes, de servicio en obras públicas ó destierro á algun castillo por mas ò menos años, segun la gravedad del delito y reincidencias del delincuente.

ARTICULO 4.°

A QUIENES COMPETE LA ACCION DE HURTO.

1131. La accion de hurto se concede por derecho á

(1) L. 6. tit. 5. lib. 4. del Fuero Real, y 18. tit. 14. P. 7.
(2) L. 19. tit. 14. P. 7.
(3) LL. 6. y 7. tit. 28. P. 2.

todos aquellos á quienes interesa que la cosa no se pierda, y esto aun cuando no sean dueños de ella, sino solo poseedores por algun título honesto (1). Por falta de esta circunstancia no se le concede al ladron, ni tampoco al poseedor de mala fé, no obstante que les importa que la cosa no sea hurtada, pues seria cosa inícua que su delito les produjese una accion lucrativa. Compete, pues, la accion de hurto á aquellos á quienes interesa por una causa honesta, siempre que por culpa suya la cosa haya sido hurtada, suponiendo que la tienen á su cuenta y riesgo; v. gr., en prenda, en conduccion ó en comodato. De aquí es que tiene la accion de hurto no solo el dueño de la cosa, sino tambien el acreedor á quien hurtan la cosa dada en prenda por su deudor (2), pues por dos razones le interesa. La primera, porque debe restituir la prenda verificado el pago de la deuda si por culpa suya fué hurtada: la segunda, porque aunque el hurto no se haya verificado por su descuido, le importa que su crédito esté asegurado con prenda. Asimismo el conductor puede intentar la accion de hurto si por falta de la diligencia media á que está obligado le hurtaren la cosa, pues en este caso, reconvenido con la accion del contrato de locacion, deberà pagar la estimacion de la cosa. Pero si el hurto sucediere sin culpa suya, solo al señor competerá la accion de hurto, porque en este caso á solo él interesa (3).

1132. En la cosa dada en prèstamo ó comodato, tiene opcion el dueño de ella para demandarla á aquel á quien la diò prestada, ò al ladron. Pero si escogiere ò le pareciere mejor demandarla á este, no puede despues reconvenir al ladron, aun en el caso de que no pueda recobrar la cosa del comodatario, quien sì podrà en este caso de-

---

(1) Arg. de la ley 9. tit. 14. P. 7.
(2) Dicha ley 9.
(3) L. 10. tit. 14. P. 7.

mandar al ladron. Y si el comodante elige demandar al ladron, no le quedará accion contra el comodatario aunque no la pueda recobrar del ladron (1).

1133. Si la cosa hurtada fuere dada en depósito, no compete al depositario la accion de hurto, porque como no presta mas que el dolo, no interesa à él, sino al señor, el que la cosa no perezca, sino es que por alguna otra causa estuviese obligado á la culpa, en cuyo caso por razon de interesarle podria intentar la accion de hurto (2).

---

(1) L. 11. del mismo tit.

(2) L. 12.

TÍTULO II.

DE LA RAPIÑA.

1134. El segundo delito de los que llaman privados es la rapiña. Esta es *un despojo violento de la cosa agena mueble con intencion de lucrar* ó de aprovecharse de ella, lo que necesariamente ha de ser hecho con dolo (1). Decimos que la rapiña es *un despojo violento*, en lo cual se distingue del hurto, que se hace clandestinamente. Decimos que debe verificarse *en cosa mueble*, en lo que conviene con el hurto, pero se distingue del delito que comete el que espele á otro de la posesion de una cosa raiz. Conviene tambien con el hurto, en que debe ser *de cosa agena*, pues la rapiña rigorosamente no tiene lugar en la cosa propia, aunque no quedará sin castigo el que violentamente arrebata del poder de otro una cosa suya, porque el mismo se quiere hacer justicia, y no la solicita del juez à quien corresponde administrarla. Por esta razon, y para que no se perturbe la tranquilidad pública, ya que no se puede imponer la pena de hurto ni de robo al que comete semejante violencia, està dispuesto que si el que arrebató la cosa era su dueño, pierda el dominio de ella. Si engañado juzgó que era suya, á mas de restituirla debe pagar otro tanto de su valor en pena. Asimismo el acreedor que violentamente ocupa alguna ó algunas cosas de su deudor en prendas de su crédito, tiene la pena de perderlas (2).

1135. Finalmente, se añade en la definicion que la rapiña se comete con intencion dolosa de hacer logro con la cosa agena, para que se escluya el hecho de algun furioso ó falto de juicio, que debe carecer de pena aunque violentamente arrebate alguna cosa.

---

(1) Prólog. y ley 1. tit. 13. P. 7.

(2) LL. 10. 11. y 12. tit. 10. P. 7, y 11. tit. 13. P. 5., y 1. tit. 13. lib. 4. R.

1136. La pena establecida contra los que roban, si se intenta la accion civilmente, es el triple ó tres tantos del valor de la cosa robada (1), la cual solo se puede pedir dentro de un año ùtil (2); pero la misma cosa siempre puede ser repetida por su dueño con los frutos, y en su defecto la estimacion al robador ó sus herederos, en los mismos términos que la hurtada, y competen las acciones que á los mismos (3).

1137. Como el robo no sea en realidad otra cosa que una especie de hurto, y solamente mas grave que el clandestino, pueden tambien los que le han padecido intentar la accion de hurto manifiesto, aunque segun se ha advertido ya estas penas no se practican.

1138. Con tanto ódio vè el derecho toda especie de violencia, que se halla establecido por nuestras leyes que el que fuere despojado de sus bienes, aun cuando sea por su verdadero acreedor, quejándose ante la justicia del lugar, esta se los restituya luego, haciendo solamente sumaria informacion de que le tomaron sus bienes sin mandado de juez legítimo, renovando las penas establecidas por las leyes de Partida (4) para estos casos, y concediendo que las personas así agraviadas gocen del beneficio de *caso de corte*.

---

(1) LL. 3. tit. 13. P. 7. y 2. tit. 12. lib. 8. R.
(2) L. 3. tit. 13. P. 7.
(3) LL. 2. y 3. tit. 13. P. 7.
(4) LL. 6. y siguientes tit. 15. P. 7.

TÍTULO III.

DE LOS DAÑOS HECHOS A OTRO CONTRA DERECHO.

1139. El tercer delito privado es el daño hecho à otro contra derecho, por lo cual se entiende *toda diminucion ó menoscabo de nuestro patrimonio causado por un hombre libre, sin razon y sin justicia* (1). Solamente esplicando su definicion entenderemos la naturaleza de esta especie de delito. Decimos en ella que este daño es *toda diminucion ó menoscabo de nuestro patrimonio;* de donde se infiere claramente que un daño inestimable no se puede repetir con la accion de este delito; v. gr., la muerte ó heridas dadas à un hombre libre. Decimos tambien que este menoscabo debe ser *causado sin razon y sin justicia*, porque el que obra del todo conforme á derecho no delinque. De donde se infiere que para la obligacion de resarcir el daño importa poco que este haya provenido de dolo ó intencion directa de dañar, de culpa lata, leve ó levísima, porque aunque á la naturaleza del verdadero delito pertenezca el que sea cometido por dolo, con todo, las leyes, guiadas por la razon, creen que es debido se resarza á otro cualquier daño que se le haya seguido por su negligencia ó descuido capaz de ser evitado (2).

1140. De este principio de equidad nace que sean responsables al daño que causaren los que en parage de concurso de gentes hicieren alguna cosa por la cual se esponen á causar daño, de lo cual se encuentran muchos ejemplos en nuestro derecho. Segun él, es culpable un barbero que se ponga á afeitar á otro en la calle ó plaza pùblica, porque puede tropezar alguno, y ser causa de herir al afeitado (3). Del mismo modo es culpable el que corre á caballo por las calles: el albañil que no avisa en alta

(1) L. 1. tit. 15. P. 7.

(2) Dicha ley 6. y sig. tit. 15. P. 7.

(3) L. 27. del mismo tit.

voz cuando arroja desde alto piedras ò tierra à ellas: el que corta ramas de árbol à la parte del camino público sin prevenirlo antes (1).

1141. Igualmente es culpable el que hace trampas ó cepos en caminos ò lugares públicos donde caen ò reciben daño los pasageros; y el que guiando bestias bravas no las guarda de suerte que no hagan mál (2). El médico ò cirujano que por ignorancia curase mal á algun hombre ò bestia, ò que despues de comenzada la cura la abandonase, deberá resarcir estos daños; y si causare la muerte á algun hombre libre debe ser castigado á arbitrio del juez (3). Tambien debe resarcir el daño el que en tiempo de viento enciende fuego cerca de paja, madera, mies ú otra cosa fàcil de quemarse; y el hornero que no cuida del fuego del horno, si por tal causa se pierde lo que allí se cuece (4). Son tambien responsables del daño los que en nave ù otro vaso donde se guardan mercaderias hiciesen algo porque se menoscaben ò pierdan; y los mesoneros ú otros por el daño que causen á los pasageros las cosas que tienen colgadas á sus puertas ò ventanas (5).

1142. De todos los ejemplos puestos podemos inferir que con cualquiera culpa que concurra hay accion para pedir enmienda del daño ocasionado. Mas tambien se infiere que al que usa de su derecho no se le puede imputar el daño que sucediere, pues este no será hecho contra justicia; y asì, si yo cavo en mi campo para hacer un pozo, y con esto deja de brotar agua en el del vecino, no soy culpable porque uso de mi derecho. Del mismo modo no es responsable el que causa daño á otro por caso fortuito; v. gr., si una nave impelida de los vientos se estrellare contra otra y la quebrare; ò si corriendo á caballo en lugar

(1) LL. 6. y 25. tit. 15. P. 7.
(2) L. 7. del mismo tit.
(3) L. 9,
(4) LL. 10. y 11.
(5) LL. 13. y 16. tit. 15. P. 7.

acostumbrado atropellare á alguno (1): pues el caso fortuito no se presta ni en los contratos ni en los delitos. Pero lo dicho se ha de entender cuando la cosa que se hace es lícita, en el lugar acostumbrado, y del modo debido (a).

(1) L. 14. tit. 15. P. 7.

(a) En la ley 18. tit. 15. P. 7. se confirman dos capítulos de una ley que habia en el derecho de los romanos llamada *Aquilia*; y dispone que si alguno se querella delante del juez del daño que le fue hecho por razon de que le mataron algun siervo, caballo ù otro cuadrùpedo de aquellos que pacen en manada, y que nos son mas útiles, debe pagarle el que le hizo el daño tanto, cuanto mas podria valer aquel animal desde un año antes hasta el dia en que le mató. Y que si el daño no fuere por muerte de los cuadrúpedos que refiere, sino por heridas ù otros males que los empeoraron, ó si matasen õ hiriesen otras bestias, quemasen, derribasen, destruyesen ó hiciesen cualquier otro daño, deberá pagar tanto cuanto mas podia valer la cosa en que se recibió el daño desde treinta dias antes hasta â aquel en que sucediõ. Y no solo debe resarcirse el daño que se causó en la misma cosa, sino tambien los menoscabos que se ocasionaron al dueño. Mas para que haya obligacion á este resarcimiento, es preciso que el daño haya sido hecho con alguna culpa, pues sin ella á nada estaria obligado el que le causó, segun dijimos arriba. Pero es muy digno de advertirse que en el dia no está en uso el hacerse las estimaciones de los daños mirando hácia atras, sino que se tasa á arbitrio del juez, y se manda pagar. L. 1. tit. 4. lib. 4. del Fuero Real.

TÍTULO IV.

DE LAS INJURIAS.

1143. El último delito privado es la injuria, por cuyo nombre entendemos aquí *cualquier dicho ó hecho dirigido á la afrenta ó desprecio de otro* (1). De esta definicion nacen varias divisiones; como, segun dijimos, la injuria sea un *dicho ó hecho*, se sigue que toda injuria será ò verbal, que se hace por medio de palabras de menosprecio, ó real cuando con hechos se daña la fama de otro; v. gr., dândole bofetadas ò azotes (2). Algunos añaden otras dos especies: á saber; escrita, que se hace por letras, y pintada con pinturas denigrativas ò dirigas á la burla ó deshonor de alguno (3); pero no hay inconveniente en reducir la escrita á la verbal, y la que se hace por pintura â la real ó de hecho. Mas como una injuria puede ser mayor ó menor que otra, de ahi es que unas se llaman simples y otras atroces (4). Simple se llama aquella en que no se encuentran circunstancias algunas que las agraven. Atroz por el contrario es la que estâ agravada por cualquiera circunstancia de aquellas que juzgando prudentemente exasperan demasiado la injuria. Tales son: 1.° La atrocidad del hecho; v. gr., azotar á alguno. 2.° La publicidad del lugar; v. gr., si uno es injuriado en el templo, ó en una plaza pública. 3.° La dignidad de la persona; v. gr., si es un obispo ó un magistrado el injuriado. 4.° El tiempo; v. gr., si injurian á alguno al tiempo de celebrar su matrimonio (5).

1144. De la misma difinicion se colige que debe haber en el injuriante ànimo ó intencion de menospreciar, por lo cual sin dolo no habrá injuria; y así, no será reo de este

(1) L. 1. tít. 9. P. 7.

(2) Dicha ley 1.ª y la 6. del mismo tít.

(3) L. 3. de dicho tít. 9. P. 6.

(4) L. 20.

(5) Dicha ley 20.

delito ni el infante ni el furioso y demente, aun cuando digan ó hagan algunas cosas capaces de deshonrar (1). Tampoco se deberàn tomar por injuria las palabras que se dijeren por chanza, aunque en esto se debe tener consideracion á la dignidad de la persona con quien se chancea, pues seria una escusa fívola la de un particular ó plebeyo que habiendo dicho â un prìncipe ó magistrado palabras indecentes, dijese que habia sido por chanza, sabiendo todos que con semejantes personas no se ha de chancear de manera que se les pierda el respeto. Finalmente, no es reo de injuria el que dijo ò hizo alguna cosa por enmendar ò corregir à otro sobre quien tenia autoridad; v. gr., un ministro de la iglesia, un juez, un maestro. Pero como esto se funda en presuncion, admite pruebas en contrario; y así, si se puede probar que un ministro de la iglesia, no por correccion, sino con ánimo de injuriar y para desahogar su ira, reprendió gravemente á otro, se podria intentar contra él la accion de injurias.

1145. Finalmente, se dice en la definicion que el hecho ó dicho debe ser dirigido á despreciar al otro, lo que puede acontecer de dos modos; ó directamente, de suerte que nuestra misma persona sea injuriada, ò indirectamente, de suerte que nos venga el desprecio por medio de alguno de los de nuestra familia; v. gr., un padre tiene accion por la injuria que se haga á un hijo suyo; un marido por la injuria hecha á su muger, y un señor por la hecha á su siervo, siempre que se conozca la intencion de injuriarle (2).

1146. Hemos visto que sea la injuria, y de cuantas maneras se haga: sìguese ahora ver las acciones que nacen de este delito. Atendido nuestro derecho, el injuriado solo tiene una accion para pedir una de dos penas, ó multa pecuniaria, ú otra especie de castigo correspondiente á la gravedad de la injuria; pero no puede pedir uno y otro (3).

(1) L. 8. tit. 9. P. 7.
(2) L. 21. tit. 9 P. 7. * L. 9.
(3) Dicha ley 21. tit. y P.

La pena que se debe imponer á cada injuria no está señalada en las leyes, ni es posible que se señale para todas; por lo cual se deja al arbitrio del juez, atendidas las circunstancias de la gravedad de la injuria y persona injuriada (1). Mas hay algunas injurias que por su particularidad tienen penas señaladas por las leyes. La 1.ª es tomar ó apoderarse de los bienes de alguno como si fuese deudor sin mandato del juez, estando enfermo de enfermedad de que despues muere. En este caso, intentada la accion de injurias por sus herederos, tiene el injuriante la pena de ser infame, perder lo que se le debia, y ademas pagar otro tanto de lo que importaba la deuda, y tambien pierde la tercera parte de sus bienes, que será para la câmara del Rey; y si el enfermo nada debia se confiscarà al injuriante la tercera parte de sus bienes á favor de los parientes del difunto por la injuria hecha à él; y á ellos se les pagará lo que estimare el juez (2).

1147. La 2.ª es llamar á alguno con los nombres injuriosos de *gafo*, *sodomìtico*, *cornudo*, *traidor*, *herege*, ó á alguna muger casada *puta*, ú otros semejantes. La pena impuesta al que dijere estas injurias es haber de desdecirse ante el juez y testigos al plazo que se le señale, y ademas pagar la multa de mil y quinientos maravedís, la mitad para el fisco, y la otra mitad para el injuriado. En el caso de ser hidalgo el injuriante no debe ser condenado á desdecirse; pero ha de pagar quinientos maravedís mas con la misma aplicacion, y otras penas á arbitrio del juez (3). Al que llamare á otro *tornadizo ó marrano* con ánimo de despreciarle por haberse convertido de otra ley á la cristiana, se le impone la multa de diez mil maravedìs para la cámara del Rey, y otros tantos al injuriado; y si no pudiere pagar todo de pronto, sea puesto en un cepo el tiempo de

(1) Dicha ley 21.
(2) L. 11. tit. 9. P. 7.
(3) L. 2. tit. 10. lib 8. Rec.

un año, y si antes pudiere pagar, salga de la prision (1). El piadoso fin de esta ley es manifiesto. Por otras palabras injuriosas menores que las referidas se impone la pena de dos mil maravedís para la cámara, ó mas, á arbitrio del juez.

1148. La 3.ª es escribir famosos libelos llamados *pasquines*, en los cuales se imputan delitos graves, ò se descubren los verdaderos con la mira de deshonrar en el público à otros. La pena impuesta à estos delincuentes, segun derecho, debe ser la misma que corresponde al delito que se imputa al ofendido, si le fuese probado. Tiene lugar contra los que componen el libelo infamatorio ó le escriben, y contra los que hallàndole primeramente no le rompen, sino que le muestran á otros (2).

1149. La 4.ª es la que se hace contra los muertos, desenterrando los cuerpos, y arrojando ó arrastrando los huesos por desprecio: el que hiciere esta especie de injuria tiene la pena de diez libras de oro para la càmara, y si no las pudiere pagar debe ser desterrado para siempre (3).

1150. El tiempo determinado por derecho para intentar las acciones de las injurias, sea civil, sea criminalmente, es un año útil, pasado el cual espira este derecho, porque se presume que el ofendido perdonó la injuria (4). Se acaba tambien la accion por condonacion ó remision de la injuria, la que puede hacerse espresa ó tàcitamente, como si despues de haberla recibido comiese ó bebiese, ò jugase amigablemente con quien le injuriò en su casa ó en la de otro (5). El ùltimo modo de estinguirse la accion es la muerte, tanto del injuriante como del injuriado, porque no pasa à los herederos, ni se da contra ellos como conce-

---

(1) La misma ley 2. tit. 10. lib. 8. Rec.
(2) L. 3 tit. 9 P. 7.
(3) L. 12. tit. 9 P. 7.
(4) L. 22. de dicho tit. 9. P. 7.
(5) Dicha ley 22.

dida para la venganza (1), si no es en dos casos, **El 1.º** cuando acaece la muerte despues de contestado el pleito, en cuyo caso continuará con los herederos; y el 2.º en la injuria hecha al enfermo en los tèrminos que dijimos, ò á los muertos (2).

---

(1) L. 23. de dicho tit.
(2) LL. 11. 12. y 23. del mismo tit.

TÍTULO V.

DE LAS OBLIGACIONES QUE NACEN DE CUASI DELITO.

1151. Habiendo tratado ya de los delitos privados de hurto, rapiña &c., síguense los cuasi delitos, los que, segun dijimos arriba, son *unos hechos ilícitos cometidos por sola culpa y sin dolo alguno* (1). De estos se tratarán seis en este título: 1.° el cuasi delito del juez que por ignorancia juzga mal: 2.° el del que de su casa arrojó ó derramó alguna cosa capaz de dañar à los que pasan: 3.° el del que tiene alguna cosa colgada sobre las calles con peligro de que caiga: 4.° el de los maestres de navìo, mesoneros &c., cuando los caminantes ó pasageros reciben daño: 5.° el de la misericordia intempestiva; y 6.° el de la condescendencia ó connivencia.

1152. El primer cuasi delito es el del juez que sentencia mal. Mas en este se deben distinguir tres casos; 1.° cuando el juez por dolo ó intencion directa de dañar juzga mal; v. gr., por amor, ódio, ó corrompido por dinero: 2.° cuando por necedad ó ignorancia, como si hacen magistrado á un labrador que quiere medir á brazadas el derecho que nunca aprendió; y el 3.° cuando algun juez de aquellos que no son letrados dió sentencia con parecer de asesor. En el primer caso es el juez reo de un verdadero delito; y si la causa fuere civil tiene la pena, no solo de pagar otro tanto cuanto hizo perder á aquel contra quien diò la sentencia, con las costas, daños y perjuicios, sino tambien de ser removido del oficio y quedar infame. Mas si fuere criminal, debe èl recibir en sí la pena que impuso al otro injustamente, aunque sea la de muerte, y aun cuando se le perdone la vida debe ser desterrado perpetuamente, quedando infame y confiscados todos sus bienes (2).

(1) Arg. de la ley 25. tit. 15. P. 7.

(2) LL. 24. y 25. tit. 22. P. 3.; y véase tambien la ley 7. tit. 7. lib. 3. Rec.

Mas en el caso de que se haya dejado corromper por dinero, á mas de las penas establecidas contra el que juzga mal por amor ò por ódio, debe pagar á la Cámara del Rey el tres tanto mas de lo que recibió; y sino lo habia aun recibido el dos tanto, y la sentencia que asi fuere vendida es nula, aun cuando no se apele de ella (1). En el tercer caso, atendido el derecho que gobierna en el dia, determinando el juez con acuerdo de asesor, sea de los que nombre el Rey, sea nombrado por èl mismo, no es responsable sino solo el asesor, no probándose que en el nombramiento y acuerdo haya habido colusion ó fraude (2).

1153. Resta, pues, solamente el tercer caso, en el cual un juez de los que deben ser letrados sentenció mal por ignorancia. Entonces es reo de un cuasi delito, porque aunque, segun suponemos, no procediò con intencion de dañar, pero obrò mal ejerciendo el oficio de juez sin la correspondiente instruccion en el derecho, ò sin consultar á los jurisperitos en los casos àrduos, en lo cual consiste su culpa (3). La pena que se le impone es que pague á la parte dañada todo el importe de la pérdida ó menoscabo que sufrió por razon de la sentencia injusta que dió contra ella (4).

1154. El segundo cuasi delito consiste en que de la casa de nuestra morada se haya arrojado ò derramado algo capaz de dañar, como piedras, tejas ó inmundicias hácia la calle pública por donde los moradores de la ciudad acostumbran pasar. Con este hecho, si alguno ha sido dañado, queda obligado el inquilino ò poseedor de la casa, aunque él no fuese el que arrojó ó derramò aquellas cosas, no por culpa imputada, sino porque verdaderamente él no carece de culpa en tener dentro de su familia unos criados tan descuidados. Si fueren muchos los que arriendan la casa,

(1) Dicha ley 24. tit. 22. P. 3.
(2) Son palabras de la real cédula de 22. de Setiembre de 1793.
(3) L. 24 tit. 22. P. 3.
(4) La misma ley en el medio.

si se puede saber quien hechò ô derramò, él solo estarà obligado al daño; pero sino todos le deberán pagar. Pero en esto se deben distinguir varios casos. El 1.° cuando por lo derramado ò arrojado se ha causado un daño estimable; v. gr., si un animal ha sido muerto, ó el vestido de alguno ha sido manchado: entonces se da accion al interesado contra el inquilino, pero no contra sus herederos por ser penal, para que le pague doblado el daño que recibió (1). El 2.° es cuando el daño es inestimable; v. gr., si ha sido muerto un hombre libre: en cuyo caso se deben pagar por el causante cincuenta maravedís de oro, por mitad á los herederos del difunto y á la càmara del Rey (2). El 3.er caso es si un hombre libre no ha sido muerto, sino herido ò dañado de otro modo en su cuerpo. Mas como entonces ni la herida ni el dolor admiten estimacion, seria justo se pagasen las pèrdidas que hubiese tenido con motivo de cesar en sus trabajos, y los gastos hechos en la curacion.

1155. El tercer cuasi delito se comete cuado uno tiene alguna cosa colgada sobre la calle por donde comunmente transitan, la cual puede facilmente caer y causar daño. Para el que esto hiciere, si le acusaren y se hallare que la cosa que estaba colgada en verdad podria caer y hacer daño, aunque todavia no se haya verificado, se le impondrá la pena de diez maravedis de oro, la mitad para el acusador, y la otra mitad para la càmara del Rey, con obligacion à mas de esto de quitar la cosa, ó ponerla de modo que no pueda caer (3). La razon de esta pena es, porque interesa á la República el que todos puedan caminar sin peligro por las calles, y demas caminos públicos. Mas si la cosa que estaba suspensa ó colgada cayese è hiciese daño, le debe pagar doblado; y si este fuese muerte de algun hombre,

(1) L. 25. tit. 15. P. 7.
(2) Dicha ley 25. tit. 15. P. 7.
(3) L. 26. tit. 15. P. 7.

deberá dar cincuenta maravedís para sus herederos y cámara del Rey por mitad (1).

1156. Si el reo de este cuasi delito ó del antecedente fuere hijo de familia que vive en casa separada de la de su padre, se intentará la accion contra el mismo hijo de familias; y siendo condenado será reconvenido el padre por el valor de lo juzgado y sentenciado hasta donde alcance el peculio del hijo, si le tiene.

1157. En el cuarto cuasi delito, que es el de los marineros, taberneros y caballericeros, se deben distinguir tres casos para que no se confundan cosas muy diversas. El primero, cuando los mismos marineros, venteros &c. hurtaron ó hicieron algun daño en las cosas de los caminantes, y entonces son reconvenidos por un verdadero delito; v. g., con la accion de hurto, ó la que corresponda. El segundo, cuando el daño no ha provenido de los mismos mesoneros &c., sino de los estraños; v. gr., de los compañeros ó viajantes que van en el mismo navìo, ó posan en el mismo meson; y entonces la accion que hay contra los maestros de navìo ò mesoneros es de cuasi contrato. La razon es, porque cuando recibieron las cosas agenas en su nave, ó en su meson ò venta, se presume que tácitamente prometieron la custodia de ellas; y por tanto tiene accion el agraviado para que le restituyan todo lo que introdujo, y le resarzan los daños y perjuicios. Finalmente, el tercer caso es cuando el daño ha provenido de los individuos de la familia del maestre, ventero ò caballericero; y entonces la accion que se dá contra él es de cuasi delito: su culpa consiste en que se acompaña ó se sirve de hombres malos, por lo cual es justo que sea responsable â los daños que provinieren de su mala conducta (2). De lo dicho se ve claramente que solo este caso pertenece à este título, por ser una de las especies de cuasi delito. En virtud de él se da ac·

(1) Dicha ley 26. al fin, tit. y P.
(2) L. 7. tit. 14. P. 7.

cion al que sufrió el daño contra el maestre del navío, ventero ò tabernero que recibiò las cosas, para que restituya el doblo de lo perdido ó deteriorado (1); mas no contra sus herederos, por ser penal en todo lo que escede de la estimacion de la cosa. De donde se infiere la diferencia que hay entre esta accion y la otra que nace de cuasi contrato. Esta, como que es de cuasi delito, es penal, como dijimos; la otra por ser de cuasi contrato es persecutoria de la cosa solamente: aquella no se da contra los herederos, y esta sí: con aquella se pide el doblo, y con esta solamente la verdadera estimacion de la cosa; una y otra es perpetua, lo cual es particular en la accion de este cuasi delito, por durar casi todas las acciones penales solo un año. Con todo, es mejor y mas seguro intentar la accion de cuasi contrato que no la de cuasi delito, ya porque en el dia no están en uso las acciones en que se piden los dos ó tres tantos mas, ya porque en ella es mas fàcil la prueba cuando se intenta la de cuasi contrato, pues en esta se prueba solamente que mis cosas fueron recibidas en la nave, meson ò taberna, y en la otra debo probar que alguno de los de la familia del maestre ó ventero las hurtò ó causó el daño.

1158. La misericordia intempestiva, y la condescendencia ô connivencia, son los otros dos cuasi delitos de que hicimos mencion arriba. La misericordia en sì es un afecto laudable; pero como todas las cosas de que se usa mal degeneran en vicio, asi sucede en esta, que por ser intempestiva y no conforme á las reglas de la recta razon es un cuasi delito. De esto se pueden figurar muchos casos; v. gr., si uno viendo à un siervo ageno preso, movido de làstima le pone en libertad, y este huye: si un carcelero por el mismo motivo deja escapar à un reo de la càrcel: si un juez consiente que huya un malhechor à quien debia

(1) Dicha ley 7. en el medio.

condenar, y otros semejantes (†). La razon porque todos estos son cuasi delitos es, porque en estos casos no debe tener lugar la misericordia, sino solamente la severidad y administracion de justicia. La connivencia es una tolerancia por la cual permite uno que se haga un delito que podia y debia impedir; v. gr., si uno que está al cuidado y gobierno de otro admite un desafio, y el pedagogo lo sabe, pero lo disimula, no hay duda que esta condescendencia es digna de castigo; y asi, en ambos casos se dará la accion correspondiente (‡). Se han traido por ejemplo estos dos cuasi delitos, para que no se crea que no hay mas que los cuatro de que se hace mencion en las instituciones de Justiniano.

(†) D. 8. tit. 15. P. 7.

(‡) Véase la ley 16. tit. 8. P. 7.

TÍTULO VI.

DE LAS ACCIONES.

1159. Hemos concluido ya la esplicacion de las dos primeras partes de las instituciones. Estas, segun se ha dicho en otro lugar, se dividen por los tres objetos del derecho: *personas, cosas y acciones.* De las personas se ha tratado en todo el libro I; de los derechos de las cosas en los libros II y III, y hasta este título del IV. Resta tratar del tercer objeto, conviene á saber, las *acciones.*

1160. La accion se puede considerar de dos maneras: ò como una cosa incorporal que está en nuestro patrimonio, y entonces pertenece al segundo objeto del derecho, ó se toma como un médio legítimo de perseguir en juicio el derecho que nos compete; y entonces corresponde al tercero, de que vamos á tratar. En este sentido, pues, se difine la accion: *un medio legìtimo para perseguir en juicio los derechos que competen â cada uno, tanto en la cosa, como à la cosa.* Tiénese por cierto que toman su orígen del derecho de gentes, pues formadas ya las sociedades civiles, y establecidas las supremas potestades, no fué mas lícito â los privados exigir por fuerza que se atiendan sus derechos como lo era en el estado natural, sino que deben ocurrir á los magistrados, para que en virtud de la autoridad que les compete por su oficio, compelan al que resulte reo á estar á derecho con el que se queja; y á esto llamamos *accion.*

1161. De estas hay varias divisiones ò diversas clases, atendida la diversidad de los derechos que se desean ver cumplidos, y lo que se consiguen cuando se intenta del modo que ha establecido el derecho. Hay, pues, una clase de acciones que se llaman *reales*, otra de *personales*. Unas acciones hay que son *persecutorias de la cosa sola*, y otras *de solo la pena* que está impuesta para aquel caso, y otras con las que se consigue la cosa y la pena, que tambien se llaman

mistas. Hay unas que se dan para conseguir el un tanto, otras el dos, otras el tres, y aun el cuatro. Hay otras acciones que se llaman de buena fé, otras de rigoroso derecho, y otras arbitrarias. Finalmente, con unas acciones se consigue el todo de lo que se debe, y con otras menos en ciertos casos. De cada clase de las referidas trataremos separadamente.

ARTÍCULO 1.º

DE LAS ACCIONES REALES, PERSONALES Y MISTAS.

1162. La primera division de las acciones es en reales y personales: (*) aquellas nacen del derecho en la cosa, y estas del derecho á la cosa. Mas por esto no se niega que hay algunas que son mistas, pues aunque estas siempre se acercan mas ò à las reales ò à las personales, esto no impide que se puedan llamar mistas. Como las acciones reales traen su orìgen del derecho en la cosa, siendo este de cuatro maneras, resultan otras tantas fuentes de acciones reales. Nacen, pues, unas del dominio; otras del derecho hereditario; otras de las servidumbres, y otras del derecho de prenda.

1163. La naturaleza de las acciones reales consiste en dos cosas. La 1.ª es, que todas nacen de alguna especie de derecho en la cosa, es decir, que solo hay accion real cuando no es la persona, sino la cosa misma la que nos està obligada. Esto se verifica solamente en el dominio, herencia, servidumbre y prenda. La 2.ª que todas estas acciones se dan contra cualquier poseedor, aun que este no haya tratado con nosotros. Al contrario sucede en las acciones personales, las cuales solo se dan contra aquel con quien tratamos, y no contra un poseedor (a). Diremos,

---

(*) Esta division se supone en la L. 6. tit. 15. lib. 4. R.

(a) El poseedor no puede tener accion real, porque seria estupidez pedir al juez lo mismo que ya se tiene: luego cuando este in-

pues, que accion real *es aquella con la cual pedimos una cosa en que tenemos derecho, aun á aquel que por ningun contrato nos está obligado* (1).

1164. La primera especie de acciones reales comprende las que nacen del dominio. Estas son tres, llamadas *reivindicatoria, publiciana y rescisoria.* La reivindicatoria es *una accion real por la cual el que es dueño de una cosa la repite de cualquier poseedor con sus acciones y frutos, segun la calidad de la posesion* (2) (b). Si el reo, pues, poseyere de buena fé, restituirá de los frutos industriales los existentes solamente, y todos los naturales, aun los consumidos (3); pero si con mala fe, ningunos frutos hace suyos, y solo podrà retener las espensas ùtiles (4).

1165. Cuando esta accion se intenta en virtud de un dominio pleno, se llama directa. Mas aunque esta accion sea en sí muy natural, es bastante dificil de intentarse, por

---

tente alguna accion, serà personal, solicitando se le ampare en su posesion, y se mande á otro que no le moleste en ella. No obstante, se encuentra un caso que sirve de escepcion à esta regla. Tal es la accion negatoria que es real, y la intenta el que está en cuasi posesion de la libertad de su fundo. Tambien es regla general que el dueño de una cosa no la puede pedir con accion personal, sino con real, que se llama *vindicacion.* Mas tambien tiene su escepcion en la cosa hurtada, pues para recobrarla se concede al dueño accion real y personal, consultando á facilitar el cobro en odio de los ladrones.

(1) Arg. de las leyes 2. tit. 3., y 1, tit. 28. P. 3.

(2) L. 40. tit. 28. P. 3.

(b) Es consiguiente á las disposiciones de derecho que solo el título para adquirir, sin preceder entrega de la cosa, no produce el derecho de vindicar, sino una accion personal; que el comprador antes de verificarse la tradicion no pueda usar de tal accion; y que concurriendo dos, no vindique el primer comprador no siendo entregado en la cosa vendida, ni tampoco aquel con cuyo dinero se compra la alhaja, á escepcion de si es pupilo, menor ō soldado, y de la muger à quien el marido con dinero de ella, que no proceda de los bienes dotales, compre algo, pues á todos estos se concede accion útil vindicatoria.

(3) L. 39. tit. 28. P. 3.

(4) LL. 39. y 42. del mismo tit. * L. 4. tit. 14. P. 6.

razon de que en ella debe el actor probar el dominio que tiene en la cosa, cuya prueba no es tan fàcil como á primera vista parece. Si no ha cumplido el tiempo necesario para la prescripcion, debe probar que no solo él adquirió con buena fé y justo título, sino tambien que aquel de quien hubo la cosa era verdadero dueño: de otra suerte el dominio que él no tenia tampoco pudo transferir á nosotros. Para evadir esta dificultad, y que los que hubieron las cosas con buena fé y justo título de los que no eran sus legítimos dueños pudiesen vindicarlas, se inventó la accion llamada *publiciana*. Por ella, el que con buena fé y justo título adquiere las cosas, aunque no las haya prescrito, las vindica de cualquier poseedor, no en virtud de la ficcion de estar prescrita que inventaron los romanos, sino porque es conforme al derecho natural que el que poseía con mejor título sea preferido al que le tiene inferior, y reputado respecto de él como dueño (1). De donde se infiere que esta accion no tiene lugar contra el verdadero señor que posee con un título mas fuerte, cual es el verdadero dominio, sino solo contra aquel que ó posee sin título, ó con uno mas débil que el putativo dueño: que con ella el que adquirió mediante tradicion alguna cosa dél que no era su legítimo dueño, con buena fè y justo título, perdiendo la posesion de ella puede vindicarla de cualquier poseedor que se apoye en título menos firme, con todos sus frutos y accesiones, y del modo que con la verdadera reivindicacion (2).

1166. Del mismo modo que la accion publiciana, se funda tambien en la equidad la llamada *rescisoria*, por la cual rescindiendo la prescripcion se pide al poseedor la cosa que prescribió, como si nunca hubiera sido prescrita. No produce entre nosotros este efecto la ficcion inventada por los romanos, sino el beneficio de la restitucion que se concede por el juez con justas causas: tales son la menor edad,

(1) Ll. 13. tit. 11. P. 3., y 50 del tit. 5. P. 5.
(2) Dichas leyes.

miedo grave, ausencia por causa de la república ó de estudios, y otras semejantes (1). Es, pues, la accion rescisoria *un beneficio de restitucion in integrum que se concede por justa causa, á efecto de rescindir la prescripcion ya completa, y que el que prescribió restituya la cosa con todos sus frutos y accesiones.* De aqui se infiere que esta accion debe durar cuatro años contínuos (2).

1167. La segunda especie de acciones reales nace del derecho hereditario. Estas son dos, la peticion de la herencia, y la querella de inoficioso testamento; pero como ambas son mistas, se tratará de ellas despues de las reales y personales.

1168. La tercera especie de acciones reales comprende aquellas que se dan con motivo de las servidumbres. Estas son dos, *confesoria y negatoria.* La accion confesoria es una especie de vindicacion, y su fundamento es aquel derecho que afirmamos nos compete en la cosa agena. De consiguiente, si el otro niega corresponder este derecho, y procura impedir su uso, habrá accion contra él, ò contra cualesquiera poseedores del prédio, para que cesen de perturbar al actor en el uso de su derecho. Es, pues, la accion confesoria *una accion real, que se da al que tiene derecho de servidumbre contra cualquier poseedor del fondo sirviente, para que se declare por el juez corresponderle la tal servidumbre, condenando al reo en los intereses que haya perdido desde la perturbacion, y â que dê caucion de no perturbarle en adelante* (3). Por el contrario, el fundamento de la accion negatoria es la libertad natural que se presume en los prédios: por esto compete ã sus dueños, contra aquel que intenta tener algun derecho en ellos, para que se declaren libres, se mande al reo no perturbar mas al poseedor, dando caucion al efecto, y que resarza los daños y perjuicios que

(1) L. 28. tit. 29. P. 3.
(2) Dicha ley 28.
(3) L. 21. tit. 22. P. 3.

haya causado. Es, pues, la negatoria *una accion real que se da al dueño de un fundo libre, contra cualquiera que intente tener servidumbre en èl, para que se declare no deberla, y se condene al reo â la satisfaccion de los perjuicios causados, y á que dé caucion de no perturbar al señor en adelante.* Esta accion tiene varias cosas singulares. 1.ª Que siendo real se da al poseedor, lo cual en solo este caso se verifica; y 2. que debiendo siempre el actor probar su accion aquí se le liberta de la prueba, y se manda al reo que lo haga, porque la libertad natural en la cuál el actor pone el fundamento de su accion se presume, y la presuncion transfiere el cargo de probar en el contrario. Se esceptùa el caso de que el reo esté en cuasi posesion de su servidumbre, pues entonces el actor debe probar su libertad.

1169. La cuarta especie de acciones reales es de aquellas que traen su orígen del derecho de prenda: no en cuanto es contrato, porque entonces no produce mas que accion personal, sino como derecho en la cosa. De èl deducian los romanos dos acciones, una llamada *serviana,* (†) y otra *cuasi serviana* ó hipotecaria; pero por nuestro derecho solo esta es bastante (a).

1170. Se concede á toda especie de acreedores que hayan recibido prenda ó constituido hipoteca, para que habiendo perdido la posesion, ò enagenâdose los bienes hipotecados, los vindiquen de cualquier poseedor con sus frutos y dependencias. Diremos, pues, que la accion llamada cuasi serviana ó hipotecaria es por derecho de España *una accion real que compete â todo acreedor que haya recibido prenda,*

(†) Vease la L. 5. tit. 8. P. 5.

(a) La accion serviana tenia lugar en un solo caso: este era cuando alguno daba en arrendamiento un prédio rústico, tomando del arrendatario algunas alhajas en prendas para la seguridad de la pension; si el arrendante perdia la posesion de alguna de estas cosas, tenia accion contra cualquiera poseedor de ellas para que se la restituyese. Ahora por nuestro derecho, este efecto y todos los demas estan refundidos en la cuasi serviana ó hipotecaria.

ó tenga hipoteca tâcita ò espresa en los bienes de su deudor para que perdiendo la posesion de la prenda ò enagenándose los bienes hipotecados, pueda repetirlos de cualquier poseedor para retenerlos hasta la satisfaccion de su deuda (1).

1171. A las acciones reales se agregan las *perjudiciales*, que son aquellas por la cuales se controvierte sobre el estado de alguno. Llámanse asi, ó porque siempre son prévias á otro juicio que se ha de intentar, ò porque la decision que se solicita por su medio perjudica aun á otras personas entre las cuales nazca despues semejante cuestion, siendo regla general que los pleitos solo perjudican á los que litigaron (2). Son reales, porque con ellas el actor intenta vindicar una cosa como suya; v. gr., un señor á su siervo. Tantas son las acciones prejudiciales, cuantos son los estados de los hombres. Estos son tres: *de libertad, de ciudad y de familia*. Si uno sea libre ò siervo, es cuestion que pertenece al estado de libertad: si sea ciudadano ó extrangero, al estado de ciudad; y finalmente, si sea uno padre y otro su hijo, al estado de familia. Todas las acciones que se intentan para estas declaratorias son las que se llaman perjudiciales. Por ejemplo, un mozo se presenta al juez pidiendo la herencia de Ticio, como hijo suyo: los poseedores de ella niegan que sea hijo, ó que lo sea legìtimo: esta, pues, será accion perjudicial. Tres son las principales que se conocen de esta especie. La 1.ª es la causa de libertad: en ella se encuentra una accion por la cual, ó el señor intenta hacer volver à la servidumbre à su siervo que se tiene por libre, ó este, siendo en la realidad libre y viviendo en injusta servidumbre, la intenta contra el que se reputa su señor, para que se le declare libre. (†) La 2.ª tiene lugar cuando alguno pretende se declare que es ingénuo y no libertino, esto es, que siempre ha sido libre, y

(1) L. 14. tit. 13. P. 5. y 9. tit. 17. lib. 3. del Fuero Real.
(2) L. 20. tit. 22. P. 3.
(†) Véanse las LL. 5. tit. 14. P. 3. 7. tit. 22. P. 4. y 27. tit. 14. P. 7.

que no ha recibido la libertad de aquel que se reputa como su patrono. La 3.ª es la que se llama *de agnoscendo alendoque partu;* y es una accion que se da, ó bien contra el padre que niega al hijo la filiacion para que le reconozca, ó bien contra el hijo para que haga lo mismo con su padre (1). Tambien tiene lugar esta accion en el caso de la herencia figurado arriba.

1172. Las acciones personales son aquellas que nacen del derecho á la cosa, es decir, de la obligacion (‡). Toda obligacion, segun hemos dicho ya (2), trae su orìgen, ó inmediatamente de la equidad ó de la ley, ô nace de estas mismas fuentes, pero mediante algun hecho obligatorio, el cual, ó es lícito ó ilícito. En esta materia, despues de considerar la naturaleza de las acciones personales, trataremos en primer lugar de las que nacen de la equidad inmediatamente: en 2.º de las que nacen de la ley: en tercero de las que dimanan de hecho obligatorio lícito: y en último de las que provienen de hecho obligatorio ilícito.

1173. La naturaleza de las acciones personales consiste en que todas traen su orígen de la obligacion, ó como hemos dicho, del derecho á la cosa. A mas de esto, nunca se dan contra un tercer poseedor, sino solamente contra aquel con quien se trató, en lo que principalmente se diferencian de las reales. Véamos ahora sus diversas especies.

1174. La primera es de aquellas que nacen inmediatamente de la equidad; tal es en primer lugar la accion llamada *à exhibir ò mostrar.* Exhibir es dar á que se registre y vea públicamente una cosa mueble. Es necesaria esta accion siempre que intentamos vindicar una cosa mueble, pero ignoramos si será la nuestra ò nó, v. gr., me han hurtado â mì un libro, y oigo que Ticio ha comprado uno del mis-

(1) L. 20. tit. 22. P. 3. * Sobre esta materia veanse las LL 4. tit. 23. P. 4. 16. 17. tit. 6. P. 6 7. tit. 22. P. 3. y 9. tit. 14. P. 3. Para las penas sobre el parto supuesto las LL. 3. 6. tit. 7. P. 7.

(‡) Véanse las leyes 7. tit. 15. P. 5. 11. tit. 14. P. 5.

(2) Lib. 3. tit. 11.

mo nombre, y que segun las señales que se me dan de èl puedo hacer juicio de que es el mio: mas como no lo sè ciertamente, y Ticio no me le quiere mostrar voluntariamente, puedo entablar contra él la accion llamada á *exhibir.* Esta, pues, es *una accion destinada á compeler al poseedor de cualquiera cosa mueble á manifestarla ô exhibirla en juicio cuando en él se introduce ó quiere introducirse la peticion de ella; y caso de resistirse â la exhibicion, se le condene en cuanto el actor jure se interesa en su adquisicion* (1). De aqui resulta que puede corresponder esta accion al que quiera demandar la cosa por accion real, y al que la solicite por personal, como se interese en la exhibicion (2). Pero seria inútil y no debe intentarse de las cosas inmuebles, sino precisamente de las muebles (3), pues las otras estan patentes á los ojos de todos. Se esceptuan los materiales que componen edificio, los cuales no se pueden exhibir ni vindicar por prohibirlo el derecho.

1175. Puede compelerse á la exhibicion á quien de ella no se sigue perjuicio, pues esta obligacion nace de aquella regla de equidad natural que hemos establecido en otra parte: *quod tibi non nocet, et alteri prodest, ad id est obligatus*, ya se posea la cosa civil ó naturalmente, y tambien al que con dolo dejó de poseer, pero regularmente á espensas del que la solicite (4); y probando su derecho el actor, no solo se le ha de exhibir, sino tambien restituir, debiendo estarse al juramento *in litem* del actor cuando con dolo dejò de poseer la cosa, y segun èl condenar al reo á la satisfaccion de cuanto jure; pero cuando sin dolo ni culpa del poseedor se deja de exhibir, puede obligarse por el juez á que dé caucion de hacerlo si vuelve á su poder (5). Tambien tiene lugar esta accion para obligar á los poseedores

(1) LL. 16. y 23 tit. 2. P. 3.
(2) L. 16. en el princ., tit. 2. P. 3.
(3) Dicha ley 16., y en en ella Gregorio Lopez al n. 7.
(4) L. 21. tit. 2. P. 3.
(5) Véause las leyes 16. 18. 19. 20. 21. y 22. tit. 2. P. 3.

de instrumentos ó títulos á que los muestren á los que los necesitan, ò creen tener interes en ellos; y así, debe mostrarse el testamento de un difunto á aquel que se tiene por instituido de heredero, ó con algun legado ó manda en él, y todos aquellos documentos que favorecen la intencion de alguno (1); lo que se funda en la misma regla de equidad que hemos notado.

1176. Otra accion de las que dimanan inmediatamente de la equidad es la interrogatoria, y corresponde á aquellos que para entablar otra accion necesitan de hacer preguntas al reo sobre puntos que les interesan. Un caso práctico de esta accion se nos presenta en el que quiere entablar ejecucion por alguna cantidad que se le debe; v. gr., por préstamo, sin tener documento alguno, y si le tiene no la trae aparejada. Este, pues, segun práctica del dia, debe presentarse al juez diciendo, que tanto tiempo ha diò en calidad de prêstamo tal cantidad á fulano, y que habiéndole reconvenido varias veces, se escusa ò rehusa el pago, por lo que le suplica se sirva mandar que el citado deudor bajo de juramento declare si es cierto haber recibido la espresada cantidad, y verificada la respuesta tiene ya la confesion del reo, siendo clara, fuerza ejecutiva. La misma accion tiene lugar cuando por el actor se pide que reconozca el reo su firma, que se halla en algun vale simple, cuyo reconocimiento trae asimismo aparejada ejecucion (*). De lo dicho se infiere que la interrogatoria es *una accion personal por la cual el actor compele al reo â responder sobre algunas preguntas que le hace, y que son necesarias para comenzar ó para continuar el pleito* (2).

(1) L. 17. tit. 2. P. 3., y 192. del Estilo.

(*) Creemos que el autor no da una exacta idea de la accion interrogatoria, ni nosotros en los lìmites de una nota podemos esplicar esta parte importante de los juicios; pero recomendamos la lectura de Cujacio â la ley 11. tit. 31. lib. 3. del códigо, donde se halla à quanto pueda desearse sobre la materia.

(2) L. 1. tit. 10. P. 3.

1177. Son tambien acciones personales nacidas de la equidad los interdictos, pues no hay cosa mas justa que el que uno sea defendido ó amparado en su posesion, mientras que otro no pruebe tener mejor derecho á ella. Pero de esta clase de acciones se tratará en tìtulo separado (1). Lo son asimismo las restituciones *in integrum*, por medio de las cuales se rescinden aquellos negocios que parece debian valer, atendido el rigor de derecho. Pero como estas recisiones se deben hacer con causas graves, estas son la fuerza ó miedo grave, el dolo ó engaño, la menor edad, y la ausencia por utilidad de la República, ó por otra justa causa, como estudios &c.; y de aquì nacen otras tantas acciones. La primera es la de miedo ó fuerza (2), mediante la cual se declara nulo, ò se rescinde el negocio ó contrato hecho por fuerza, ó por medio grave que cae en varon constante (3), y se compele al reo à restituir la cosa ò su estimacion (4). La segunda es la accion de dolo, que produce los mismos efectos de anular ó rescindir los contratos de buena fè en que interviene, y aun si no se declaran nulos los de rigoroso derecho, como quieren algunos, se dirige la accion à que se enmiende la lesion, si fuere esta en mas de la mitad del justo precio, ó à que el reo devuelva la cosa (5). La tercera accion, que es la de menor edad, no tiene nombre señalado; pero se da á aquellos que durante el tiempo de su menoría han sido dañados en algun negocio, contra aquellos de quienes recibieron el daño, á efecto de que se rescinda el negocio y el menor sea restituido en sus antiguos derechos (6). Esta misma accion compete à las iglesias, fisco,

---

(1) Tit. 15. de este libro.

(2) Llámase esta accion en latin *quod metus causa*.

(3) L. 7. tit. 33. P. 7.

(4) Véase para esta accion la ley 56. tit. 5. P. 5., y la 28. tit. 11. P. 5., de donde se puede deducir.

(5) LL. 57. tit. 5. P. 5. y 2. tit. 11. lib. 5. Rec. y 1 3. 4 y 6. tit. 16. P. 7.

(6) LL. 1. y 2. tit. 19. P. 6.

consejos y ciudades ò universidades, por estar estas en perpetua curatela, y la podrán intentar cuando hayan recibido daño por engaño ó negligencia, dentro de cuatro años contados desde el dia en que recibieron el engaño ó menoscabo, y dentro de treinta si el daño fuere tan grande que exceda de la mitad del precio de la cosa (1). La accion rescisoria es otra especie de restitucion segun dijimos; pero esta no es personal, sino real.

1178. La accion llamada *condicion sin causa* es tambien personal proveniente de la equidad, y se puede tomar, ò como el género supremo de todas las acciones, ó como una accion especial que se da en el caso que falten otras, y no permite la equidad que uno lucre con detrimento de otro, que es como se toma aquí. En tales términos, siempre que alguno diò una cosa, no por causa futura ni torpe, ni tampoco pagó indebidamente, pero sin embargo otro la posee sin causa legìtima, puede repetirla él primero, intentando esta condiccion, la cual podemos decir que es *una accion personal que corresponde á aquel cuyos bienes posea otro sin justo motivo, para compeler á este detentador á que los restituya.* Por ejemplo, se debe dar esta accion al sastre que habiendo perdido los vestidos que hacia, pagó el precio á su dueño, si llega el caso de hallarlos ó recuperarlos éste: al deudor que satisfizo el crédito, y solicite la devolucion del vale que aun retiene su acreedor: á la muger para recuperar la dote si el matrimonio se declara nulo, y otros semejantes (†). Finalmente, la accion *pauliana* nace tambien de la equidad; pero de ellas trataremos entre las mistas.

1179. En la otra clase de acciones personales se deben poner las que nacen inmediatamente de la ley, y se deberian llamar *accion ó condiccion por ley.* Tenian lugar cuando los pactos no producian accion comunmente, sino solo algunos señalados, y principalmente aquellos en que alguna ley lo

(1) L. 10 del mismo tit. y P.

(†) Véanse las LL. 41. 43. tit. 14. P. 5.

concedia. Era, pues, esta condicion una accion personal subsidiaria, que solo tenia lugar cuando la ley no la establecia señalada contra aquel, ó sus herederos, que estaba obligado á dar ò cumplir lo que la misma ley disponia. Mas en el supuesto de que por nuestro derecho y práctica todo pacto justo produce accion (1) y que nace tambien de cualquiera ley para su cumplimiento, aunque no se esprese en ella, es inútil en nuestro foro dicha condicion.

1180. La tercera clase comprende aquellas acciones personales que dimanan de un hecho lícito. Hecho obligatorio lìcito llamamos á la convencion. Esta es, ó pacto, ó contrato; y el contrato, ò es verdadero, ò cuasi contrato: el verdadero, ó es nominado, ó innominado. De cualquier pacto, por desnudo que sea, como se conozca ó pueda probar la intencion de obligarse, nace accion, segun nuestro derecho, aunque no tiene nombre señalado; por lo cual es ocioso esplicar la accion de *constituta pecunia*, que no era mas que un pacto pretorio, lo mismo que la llamada *in factum de jurejurando* (2).

1181. Por lo que hace à las acciones nacidas de los contratos verdaderos, tenemos poco que decir, por haber tratado ya de cada una en el título de su correspondiente contrato; y así, aqui las enumeraremos solamente. Los contratos verdaderos, segun hemos dicho, ó son nominados, ô innominados. Los nominados son, ó reales, ò verbales, ó literales, ò consensuales. Los reales son cuatro: mútuo, comodato, depòsito y prenda. Del primero nace la accion llamada *de mútuo*: del segundo la accion *de comodato*, directa y contraria: del tercero la accion *de depósito*, directa y contraria; y del cuarto la accion *de prenda*, asimismo directa y contraria.

(1) L. 2. tit. 16. lib. 5. R.

(2) Esta accion se concedia ā aquel que juraba, qué y cuanto se le debia, habiéndose comprometido su deudor á pasar por su juramento, produciendo el efecto de compeler al deudor á pagar todo lo que el actor habia jurado que se le debia * Véanse las LL. 12. 13. 14. tit. 11. P. 3.

1182. Como en el dia no se encuentra contrato alguno à que llamemos verbal, tampoco hay accion que le corresponda. El literal es uno solo, y se verifica en el caso de haber confesado alguno por escrito que debe cierta cantidad, y dejado que pasen dos años, en virtud de lo cual nace accion para obligar al que escribió á que pague la cantidad que confiesa. Los contratos consensuales son cinco: compra venta, locacion conduccion, enfiteusis, sociedad y mandato. De todos ellos nacen acciones de su mismo nombre, ambas directas, á escepcion del mandato, en el que la una es directa y la otra contraria.

1183. De los contratos innominados nacen tambien las correspondientes acciones, que se dan al que dió ó hizo por su parte, para obligar al que prometió dar ó hacer, à cumplir el contrato, las cuales como ellos no tienen nombre (†) (1).

1184. Síguense los cuasi contratos, y basta solamente referir sus acciones, pues están esplicadas en otras partes. Estos cuasi contratos son en primer lugar el manejo ò administracion de negocios agenos, del cual nace una accion llamada del mismo nombre, directa y contraria. El 2.° es la tutela, de la que nace otra accion, asimismo directa y contraria. El 3.° es la herencia comun, de donde sale la accion llamada *familiæ erciscundæ* mista de real y personal; y así trataremos de ella despues. El 4.° es la adicion de la herencia que produce una accion personal que compete á los legatarios y fideicomisarios, y á todos aquellos á quienes se debe algo del testamento, para obligar al heredero que aceptò á pagar los legados, fideicomisos y demas cosas dejadas en el testamento, con sus frutos y accesiones desde

(†) Vease la ley 5. tit. 6. P. 5.

(1) Estas aciones se llamaban entre los romanos *in factum*, y tambien *præscriptis verbis*, porque debian concebirse en las demandas con ciertas y señaladas palabras, arreglándose á las que resultaban de las convenciones particulares, y deduciendo en juicio segun ellas la accion *in factum*; pero el dia de hoy no hay palabras algunas señaladas para introducir las acciones.

el dia de la muerte del testador. El 5.° es la paga indebida, de la cual nace la condiccion ó accion personal para repetir lo pagado en los casos que se esplicarán en su lugar. El 6.° es recibir los maestres, taberneros y mesoneros algunas cosas en su nave, taberna ò meson; y de la accion que se da contra ellos cuando los compañeros ú otros de los viajantes hurtan algunas cosas, ó hacen algun otro daño, se tratò ya en donde corresponde (1). El último es el gasto ó espensas hechas en el entierro de algun difunto. Se verifica en el caso de que uno movido de piedad haya hecho dichos gastos de su cuenta, por no estar todavia aceptada la herencia, y no haber heredero que pueda hacerlos. Se dice que este es un cuasi contrato, porque propiamente no es mandato, supuesto que ninguno mandò, ni administracion de negocios agenos, porque aun no hay heredero de quien se administren, y al difunto no le pertenece ya esta administracion. Mas en este caso se concede al que hizo los gastos la accion llamada *funeraria*, que es *una accion personal que compete contra el heredero que aceptô la herencia, ó contra aquel à quien pertenecia hacer los gastos del funeral del difunto, para que restituya todo lo gastado por dicho motivo.* Esta accion es tan previlegiada, que el actor será preferido en la paga â todos los otros acreedores del difunto (†).

1185. Resta esplicar la cuarta clase de acciones personales, que son aquellas que nacen de un hecho ilìcito, á que llamamos delito. Este es, ó verdadero, ó cuasi delito. Verdaderos son en primer lugar aquellos cuatro delitos privados de que hemos tratado en los títulos anteriores. Del hurto, pues, que es el primero, nace la condiccion furtiva, que es una accion persecutoria de la cosa, y la accion de hurto que persigue la pena (2). De la rapiña, que es el 2.°, nace la accion de este nombre, ó la de hurto, ambas per-

(1) Tit. 5. de este libro.

(†) L. 12. tit. 13. P. 1. y L. 30. tit. 13. P. 5.

(2) De esta se trató en el tit. 1.°

sonales. Del daño hecho contra justicia nace otra accion de su mismo nombre, y de la injuria la accion de injurias, esplicadas ambas ya. Se agrega á estas el delito de recibir algo por causa torpe ò injusta, y la accion que se concede para repetir lo dado se llama condiccion por causa torpe, y es *una accion personal en virtud de la cual aquel que honestamente y con buen fin diô alguna cosa, puede repetirla del que la recibiõ por causa torpe ó injusta y de sus herederos, con sus frutos, ó su estimacion en caso de haber perecido* (*).

1186. Mas esta accion no tiene lugar si interviene torpeza de parte del que da y no del que recibe; v. gr., lo que se da á una meretriz despues de haber pecado con ella. Tampoco se concede si hay torpeza de parte de uno y otro; v. gr., lo que se diese á un juez ù otro oficial público à efecto de sobornarle. Infièrese, pues, que solo tiene lugar en el caso de que uno da por causa honesta, y otro recibe por torpe ó injusta; v, gr., por evitar el que se cometa un homicidio ú otro delito.

1187. Otra accion procedente de delito es la llamada *de distrahendis rationibus*, y compete al huérfano para repetir contra su tutor cuando con dolo ò fraude ha usurpado parte de sus bienes, y ha dado cuenta fraudulosamente: y produce el efecto de compelerle à que las liquide ò aclare, y pague lo que hubiere sustraido con el doblo.

1188. Por lo que hace á los cuasi delitos, de cada uno de ellos nace su respectiva accion; pero no tiene nombre determinado, sino que se espresa con el del cuasi delito á que pertenece.

1189. Esplicadas ya las acciones reales y personales, síguese ahora tratar de las mistas, que son aquellas que participan de la naturaleza de unas y otras, aunque por lo regular se pueden reducir á alguna de las dos especies.

1190. Las principales acciones de esta naturaleza son las que se conceden para deslindar los términos comunes, para

(*) L. 47. tit. 14. P. 5. y 27. tit. 22. P. 3.

pedir la herencia ó dividirla, y para dividir cualquiera otra cosa comun, à las que agregamos la accion pauliana, porque siendo en realidad personal, tiene tambien algo de real. La accion para deslindar los términos comunes, à que dicen en latin *finium regundorum*, es de aquellas que se llaman dobles, porque en el juicio que se intenta ambos colitigantes pueden instruirla como actores. Tiene lugar en cualesquiera términos, mojones ó límites oscurecidos ó confusos, para que averiguándose su antigua situacion se restablezcan ó se termine el pleito por adjudicacion de partes señaladas (1). Es mista de personal y real, porque se instruye contra el que dió ocasion al litigio, y para vindicar una cosa en que se tiene dominio; y asi, compete como directa á solos los dueños de los prédios y como útil á los que en ellos tienen derechos ùtiles; v. gr., los usufructuarios. Tambien compete ó se da no solo para arreglar los límites, sino para la recuperacion de cuanto interesa de los frutos percibidos y daños causados.

1191. La segunda accion mista y tambien doble es la que se da para dividir una cosa comun, y trae su orìgen de que ninguno puede ser obligado à permanecer en comunidad con otros por los inconvenientes que de ello resultarian. Supuesto este principio, se introdujo la accion *communi dividundo*, porque como la del contrato de compañia pertenece mas á las prestaciones personales que á la division de las cosas comunes, fue preciso inventar una que solo tuviese este objeto, bien naciese la comunidad de compañia, ò bien de otra cualquiera causa, escepto herencia y confusion de términos. De lo dicho se infiere que esta es una *accion que compete directamente por razon del dominio à cualquiera de los que poseen como dueños pro indiviso alguna cosa para que se divida y se presten los frutos percibidos* (2).

(1) L. 10. v. Otrosí decimos. En le mismo tit. 15. P. 6.
(2) L. 2. tit. 15. P. 6.

1192. La accion de division de herencia, dicha *familiæ erciscundæ*, se concede para dividir los bienes de ella judicialmente, cuando no se han convenido los coherederos á ejecutarlo por sí. Es tambien mista de real y personal, porque se da para conseguir las cosas hereditarias: de lo que se deduce que por ella se exigen los frutos percibidos de la herencia comun, y por el contrario se satisfacen las espensas hechas en ella (1).

1193. La accion de peticion de herencia se cuenta entre las mistas por nacer no solo de derecho en la cosa, sino tambien de derecho á la cosa, pues dimana del derecho hereditario, y del cuasi contrato que hay en el caso de que uno administra una herencia comun. Es, pues, *una accion por la cual el heredero pide la herencia que le compete, con todos los frutos y accesiones que le corresponden desde el dia de la muerte del testador.* Se da esta accion al heredero, ya sea por testamento ò abintestato, contra aquel que se reputa como heredero, ó que posee de otra suerte ó sin causa alguna para obligarle á que restituya la herencia con sus frutos, segun hemos dicho, y resarza los daños, si los hubiere causado (†).

1194. La querella de inoficioso testamento no es otra cosa que *una especie de peticion de herencia*, ô *una accion que compete â los desheredados, contra los herederos instituidos en el testamento, para pedir que se rescinda el testamento, y ellos sean admitidos â la herencia como herederos abintestato.* No nos estendemos mas en esta accion por estar esplicada ya en otra parte (2).

1195. Finalmente, hemos agregado á las acciones mistas la pauliana por tener tanto de las reales y personales, que por unos autores es tenida por solo real, y por otros por solo

(1) Vèase el tit. 15. P. 6., y Principalmente la ley 10.
(†) LL. del tit. 14. P. 6.
(2) Lib. 2. tit. 18. de èstas instituciones.

personal (1). En efecto, si no es mista es de una naturaleza especial, y corresponde cuando el deudor enagenando sus bienes intenta defraudar à sus acreedores, y con efecto se verifica asi. Por esto no debe introducirse hasta que hecha escusion en sus bienes se acredite la insolvencia (2). Debe intentarse siempre que el deudor por cualquier hecho que disminuya su patrimonio se hace insolvente; pero no cuando por alguno deja de adquirir. Se da contra los que adquieren bienes del deudor fraudulento por título oneroso y con noticia del fraude; y contra todos los que los obtienen por titulo lucrativo, aunque lo ignoren (3). Se puede intentar esta accion dentro de un año computado desde el dia que supieron la enagenacion (4). Es, pues, la accion llamada pauliana *una accion que se concede á los acreedores para rescindir ó revocar las enagenaciones hechas por sus deudores en fraude suyo, obligando á los poseedores á que restituyan lo recibido con sus frutos* (a).

---

(1) Por solo real la tiene el teatro de la legislacion fundándose en Justiniano: por solo personal la tiene Heinnecio en este tit.

(2) Arg. de la ley 7. ibi. *porque non puedan fallar de lo suyo*, tit. 15. P. 5.

(3) Dicha ley 7. en el medio, tit. 15. P. 5.

(4) Dicha ley 7.

(a) Para la exacta inteligencia de esta accion, que es importante en la práctica, anotaremos lo que dicen algunas leyes sobre ella. Una declara por enagenacion fraudulenta la que hace el deudor personal de todos sus bienes, despues que es condenado al pago de sus deudas, y antes de haberse trabado la ejecucion en ellos (1). En la misma se concede la revocacion de la donacion hecha en vida ó legado en testamento cuando se perjudica á los acreedores: y tambien podrán revocarse segun ella las ventas, cambios, donaciones en dote ó prenda, justificando el acreedor que el que asi la recibió sabia la dolosa intencion de su deudor en fraude de los acreedores, concediendo á los menores de veinte y cinco años el privilegio de que no puedan ser despojados de los bienes adquiridos por los títulos ya espresados, aunque supiesen el engaño, sin que se les abone el precio que por ellos dieron (2). Otra ley declara fraudulenta la enagenacion ejecutada contra los acreedores cuan-

(1) L. 7. tit. 15. P. 5.

(2) Dicha ley 7.

1196. Pero es de advertir que no tiene lugar esta accion contra el acreedor que fue vigilante en cobrar, aunque por esto no queden bienes para la satisfaccion de los otros, ni contra el comprador que los adquiere con ciencia y tolerancia de aquellos.

ARTÍCULO 2.°

DE LAS ACCIONES PERSECUTORIAS DE LA COSA, PENALES Y MISTAS.

1197. Hemos concluido la primera division de las acciones: síguese la segunda, por la cual unas son persecutorias de la cosa, otras penales y otras mistas. Persecu-

---

do estos por si ó por otros se opusieron á que se efectuase (1). Pero no se tiene por tal cuando el deudor da en pago de una deuda legítima á su acreedor bienes que deducidos de su patrimonio le hacen insolvente para con otros; de cuya regla se esceptúa el caso de que hubiese ya hecho cesion de ellos de su voluntad ó por mandato del juez (2). Tambien está prevenido en ellas obtenga para sì los bienes del deudor, sin comunicarlos á los demas acreedores, aquel que sabiendo que huye por no pagar se los toma de su autoridad por hallarlo en despoblado, ô con la del juez, si estaba el deudor en lugar donde le habia, con tal que los bienes aprehendidos valgan tanto como la deuda del que los tomõ, pues en lo que escedan deben comunicarse (3). Igualmente declara otra que la restitucion de la cosa enagenada con engaño debe hacerse con los frutos, y en el estado que estaba al tiempo de la enagenacion, y los que produjese desde el dia en que se demandase en juicio hasta la sentencia, deduciendo las espensas hechas en la recaudacion de estos ò mejoras en la cosa. Pero los frutos que esta produzca en el medio tiempo desde la enagenacion á la demanda son del comprador (4).

Por último, precaviendo todo fraude en la materia se declara insubsistente la remision de la deuda hecha por alguno á su deudor en perjuicio de los acreedores del que la perdona, cuando sabe el engaño aquel á cuyo favor se hizo. Tampoco se liberta de la obligacion al pago el fiador cuando se le echa fuera de la fianza, sabiendo êl que se hace en fraude de los acreedores; antes en el caso de ignorar este hecho el deudor principal, es obligado dicho fiador al pago de toda la deuda, teniendo bienes suficientes, y solo en defecto de estos el deudor principal; de cuya obligacion se exime el fiador, ignorando el fraude cometido por su deudor. L. 12. del mismo tit. 15. P. 5.

(1) L. 8 del mismo tit.

(2) L. 9. tit. 15. P. 5.

(3) L. 10. del mismo tit.

(4) L. 11.

torias de la cosa son aquellas por las cuales solo pedimos lo que se nos debe ó ha salido de nuestro patrimonio. De esta calidad son: 1.° Todas las acciones reales. 2.° Todas las que nacen de la equidad natural, pactos y contratos, escepto la accion del depòsito miserable, que en el caso de que el depositario le niegue dolosamente se da en el doblo; y asi es mista de persecutoria y penal (*). 3.° De los delitos solamente hay dos acciones puramente persecutorias de la cosa, y son la condiccion furtiva (†), y la accion sustraccion de cosas (‡), y es aquella que compete à los casados cuando alguno de ellos durante el matrimonio, pero principiada la causa de divorcio, quitase, ocultase, vendiese ô consumiese alguna cosa por sì ó por medio de otros, para que la restituya con sus dependencias ó frutos, verificado el divorcio. Puramente penales se llaman aquellas por las cuales solo se persigue la pena. Estas no son muchas, y solo provienen de delitos; y son la accion de hurto, la de injurias, la de lo suspendido ó colgado en algun lugar donde pueda caer y hacer daño, y la de las cosas derramadas ò arrojadas, en el caso de causar la muerte à alguno. Mistas son por las que juntamente se persigue la cosa y la pena. Estas son: 1.° La accion de depósito miserable, por la cual se consigue el doblo, en que se incluye la cosa y la pena. 2.° La accion del legado dejado á lugares sagrados ò à causas piadosas, pues en el caso de que el heredero niegue que le debe, ò retarde maliciosamente su solucion, se le condena tambien al doblo. Finalmente, son mistas de persecutorias de la cosa y penales todas las acciones que nacen de los delitos, de que hemos tratado ya.

ARTÍCULO 3.°

DE LAS ACCIONES POR LAS CUALES SE PIDE EL SIMPLO, DUPLO &C., Y DE LAS DE BUENA FE, DE RIGOROSO DERECHO Y ARBITRARIA.

1198. Aunque en nuestro derecho se encuentran leyes

(*) L. 8. tit. 10. P. 5. y 9. tit. 10. lib. 7. R.

(†) L. 20. tit. 14. P. 7.

(‡) L. 5. tit. 2. P. 3.

que dan acciones para pedir mas de la cosa que se debe, como es el doblo, tres tantos ò cuatro, con todo, la práctica del dia acredita que no tienen uso tales acciones en esta parte, y que con razon se dice comunmente que es feliz el que consigue, mediante la accion que intenta, su cosa solamente, por lo que omitimos gastar el tiempo en hacer una larga enumeracion de ellas.

1199. Del mismo modo en el dia no se conoce la distincion que habia antiguamente entre acciones de buena fé, de rigoroso derecho y arbitrarias; mas no siendo posible dar una completa idea en este tìtulo, diremos brevemente lo que eran, remitiendo à los que deseen mas estension en esta materia á los autores que de ella tratan (1).

1200. Acciones de buena fé eran aquellas por las que no estaba el juez ligado á ciertas fòrmulas, antes por el contrario con libertad podia determinar lo que segun bondad y equidad debe darse y recibirse por los colitigantes. Tales eran todas las que nacen de contratos ô negocios bilaterales, en los que es mûtua la obligacion. Las de rigoroso derecho eran aquellas que compelian al juez á sentenciar segun lo convenido espresamente por las partes, de suerte que no podia adjudicar nada mas de lo que se contenia en la cantidad cierta y espresa de la convencion; y de esta naturaleza eran todas aquellas que traian su orìgen de negocios unilaterales, como la que nace del mûtuo, de la estipulacion, del contrato literal, de la paga indebida, y del testamento. Las acciones arbitrarias se daban cuando el juez habiendo graduado primeramente, conforme à equidad, cuanto debia pagar el reo, éste por malicia ò contumacia no queria obedecer, por lo que le condenaba á satisfacer del modo que á su arbitrio juzgaba conducente, ó en cuanto juraba el actor que le interesaba (†). Entre estas acciones se contaban todas las reales (escepto la peticion de he-

(1) Vinn. en el § 28. de este tit. Heinn. en el mismo tit. desde el § 1181. hasta el 91.

(†) Véanse las leyes 23. tit. 4. P. 3. 13. tit. 11. P. 5.

rencia), la accion de lo obrado por miedo, y la de dolo, la accion à exhibir, la accion de lo que se prometiô pagar en cierto lugar, con la cual aquel à quien se le prometiò la paga en determinado lugar repite contra el que no le pagò en el lugar prometido para que le satisfaga todo el daño causado è intereses; la accion redhibitoria, que es la que se da para rescindir la venta de cosa viciosa, y la que compete para deslindar los términos comunes.

1201. En esta cuarta division de las acciones se trata regularmente, como por via de apéndice, del daño que resulta al actor pidiendo en juicio mas de lo que se le debe; acerca de lo cual diremos algo. Es principio sentado que el actor, siempre que sea posible, debe pedir una cantidad determinada; de suerte que no basta que diga: *Ticio me debe mucho*, sino que debe espresar cuanto le debe (†); v. gr., seiscientos pesos, pues de lo contrario no podrâ el juez, como debe, dar una sentencia precisa y determinada. Mas se añade que así se debe practicar, siempre que sea posible, porque en muchas acciones no lo es; v. gr., en las acciones hereditarias, y en otras universales (‡), en las cuales el heredero pide la herencia aunque ignore á cuanto ascienda su valor, lo que aparecerá despues por el inventario que se haga.

1202. Antiguamente era tan rigoroso el derecho en este particular, que el que pedia, aunque fuese un real mas de lo que se le debia, se le condenaba á perderlo todo (1). El pedir mas era de varios modos: se pedia mas *en cosa* cuando se pedia mayor cantidad de la que se adeudaba; v. gr., quinientos pesos por cuatrocientos: *en tiempo* cuando se pedia mas luego, ò antes que llegase el dia; v. gr., si se pedian el dia de hoy cien pesos que no se debian pagar sino hasta despues de un año; ó por razon *del lugar*, como si se pide en lugar en que es mas incómodo para el

(†) L. 25. tit. 2. P. 3. y 4. tit. 2. lib. 4. R.
(‡) L. 26. tit. 2. P. 3.
(1) L. 43. tit. 2. P. 3.

deudor el pagar que aquel en que prometió hacerlo; ó finalmente por cualquier otro motivo que haga mas gravosa ó mayor la paga, que llaman *mas por causa;* v. gr., si se pide puramente lo que se debe bajo de condicion que no se ha cumplido: si se pide precisamente al esclavo Ticio, habiéndose prometido dar à Ticio ó à Cayo alternativamente. En todos estos casos, y en otros semejantes, lo perdia todo el actor por haber pedido mas (1). Este rigor está mitigado en nuestro derecho; y así, se halla establecido que el que pide mas por razon del tiempo, es decir, el que pide antes de tiempo, tenga la pena de que se le duplique el que debia esperar; v, gr., debia uno pagar de aquí á un año, si le cobra ahora su acreedor tendrá que aguardar dos años en pena (2). El que pide mas por razon del lugar ó de la causa tiene la pena de pagar el tres tanto de todos los daños y perjuicios que haya causado con su demanda (3). Finalmente, el que pide mas en cosa debe pagar las costas del pleito, como tambien el que pide mas en tiempo; pero ninguno pierde lo que en realidad se le debe (4). Mas esta severidad de las leyes de Partida, aun mitigada algun tanto no tiene lugar en el dia; y así al que pide mas solo se le condena en las costas, como injusto litigante. Por otra parte, enmendando el actor el libelo ò peticion que ha presentado al juez, como puede, antes de la sentencia (5), ò evitará del todo la pena no causando perjuicio al reo, ô la disminuirá tanto cuanto se disminuian las actuaciones que se hubieran de hacer continuándose el pleito, pues en todo caso se le condena en las costas.

ARTÍCULO 4.º

DE LAS ACCIONES POR LAS CUALES SE CONSIGUE TODO LO QUE SE DEBE, Y DE LAS CON QUE SE CONSIGUE MENOS.

1203. Resta solamente tratar de la quinta division de

(1) Dicha ley 43. tit. 2. P. 3.
(2) L. 45. tit. 2. P. 3.
(3) Dicha ley 45.
(4) L. 43. del tit. 2. P. 3.
(5) L. 10. tit. 17. lib. 4. R.

las acciones, y la mas facil: esta es, que hay unas acciones por las cuales se consigue el todo de lo que se debe, y otras con las cuales se consigue menos. Sentamos por regla general que el todo se consigue ordinariamente con cualquiera accion, ya sea real, ya personal. Pero hay ciertos casos en que se consigue menos, y estos sirven de escepciones de la regla dada.

1204. El primer caso es en la accion de peculio: esta tiene lugar cuando el hijo de familia ó siervo que tiene peculio profecticio ha comerciado y contraido deudas: entonces los acreedores deben intentar la accion de peculio contra el padre ô el señor para obligarle á que pague hasta donde alcance el peculio. De consiguiente, si hay menos en el peculio que la cantidad que se adeuda, los acreedores reciben menos que el todo de la deuda (1). Pero de esta accion trataremos de propòsito en el siguiente título.

1205. El segundo caso se verifica en la compensacion: esta, segun hemos dicho en otra parte, es *un contrapeso ó equilibrio de la deuda ú obligacion del deudor y del acreedor.* De aquì es que produce efectos de paga y disminuye la obligacion por ministerio del derecho (*ipso jure*), à lo menos, hasta la suma concurrente; v. gr., finjamos que Ticio se presenta contra Cayo diciendo que le debe mil pesos: mas Cayo por su parte prueba que Ticio le debe seiscientos: entonces esta suma se compensarà con aquella; y asi à Ticio solo se le adjudicarán cuatrocientos, es decir, menos del todo (2).

1206. El tercer caso es cuando se goza del *beneficio* llamado *de competencia*, el cual no es otra cosa *que un privilegio personal que hace que quien le goza no pueda ser condenado â pagar mas de lo que pueda cômodamente*, es decir, que à quien tiene beneficio de competencia no se le quita cuanto tiene hasta obligarle á mendigar, sino que se le

(1) Arg. de la ley 5. tit. 17. P. 4.
(2) L. 20. y sig. tit. 14. P. 5.

deja lo necesario para que subsista. De este privilegio gozan unos por razon del parentesco, como los ascendientes y descendientes; y otros por justas consideraciones, como el marido y la muger (†), el patrono y el liberto, los socios y los que son reconvenidos por donacion (1). A los parientes se agregan con mucha razon los hermanos, porque aunque no les conceden espresamente este beneficio nuestras leyes, pero se hace argumento de mayoridad de razon con los socios, que le gozan por reputarse como hermanos (2). Por conmiseracion se concede este beneficio al deudor que de buena fé hizo cesion de todos sus bienes, para que si despues viniere á mejor fortuna no sea obligado á pagar mas de lo que pueda, quedándole siempre lo necesario para su cõngrua sustentacion (3).

(†) L. 32. tit. 11. P. 4.

(1) LL. 1. tit. 15. P. 5. y 15. tit. 10. de la misma parte * y L. 4. tit. 4. P. 5.

(2) Arg. de la ley 1., y 15. tit. 10. P. 5.

(3) L. 3. tit. 15. P. 5.

TÍTULO VII.

DE LAS ACCIONES QUE RESULTAN DE LOS CONTRATOS CELEBRADOS CON LOS QUE ESTAN EN AGENA POTESTAD.

1207. Despues de haber esplicado en el precedente título las cinco primeras divisiones de las acciones, síguese esplicar en este la sexta; á saber: que unas acciones nacen de *hecho nuestro*, y otras de *ageno*, esto es, de un hijo de familia, de un siervo, ò de algun cuadrúpedo nuestro. Trâtase, pues, aqui de las acciones que se dan contra el padre ó el señor por los contratos de los hijos de familia ó siervos: en el siguiente tìtulo de las que corresponden contra el señor por los delitos de los siervos; y finalmente en el nono de las que se dan contra el poseedor por los daños causados por sus bestias.

1208. Todas las acciones que se tratan en este título tienen la particularidad de ser un cierto gènero supremo (1), bajo del cual se comprenden varias especies de acciones, y tantas cuantos son los contratos y cuasi contratos. Por ejemplo, la accion de peculio es gènero: si el hijo de Ticio debe por razon de mútuo, se puede intentar contra el padre la accion de *mùtuo de peculio:* si debe por compra, la accion de *venta de peculio*; y asi de las demas. De suerte que el ser de peculio es una *calidad añadida* á las acciones que nacen de los contratos celebrados por semejantes personas; y lo mismo se debe decir de las demas de que se trata en este tìtulo.

1209. Si se pregunta ¿por què el padre ó el señor quedan obligados por los contratos hechos por sus hijos ó siervos? podemos responder á esta cuestion dando dos causas de esta disposicion, una remota y otra próxima. La remota es, porque el vínculo de la potestad, ya sea paterna, ya domìnica, induce unidad de persona; y asi el padre y

(1) En latin se llaman estas acciones *adjectitiæ qualitatis.*

el hijo, el señor y el siervo se repútan en derecho como una misma persona; de donde podemos inferir que lo que el hijo y el siervo trataron, lo tratò el padre ó el señor. Pero en realidad esta razon es remota y fundada en una especie de ficcion, y tan trascendental que de ella se podria inferir que aun por los delitos del hijo podia ser reconvenido el padre; y asi es necesario recurrir à otra razon mas inmediata. Esta comprende cuatro casos: 1.º Si el padre ó señor mandó al hijo ó siervo contraer. 2.º Si el padre ò señor puso al hijo à siervo de negociante. 3.º Si el padre ò señor dió al hijo ó siervo peculio para que negociase con èl. 4.º Si lo adquirido por el hijo à siervo en sus contratos se convirtiò en utilidad del padre ó senor. De aqui se coligen las acciones de que se ha de tratar en este título á saber: 1.º De la accion de mandato del padre ó dueño. 2.º De la accion ejercitoria è institoria. 3.º De la tributoria. 4.º De la accion de peculio. 5.º De la accion de lo convertido en utilidad propia.

1210. La primera accion es la de mandato del padre ó dueño. Este mandato ò precepto (que esto quiere decir la palabra *jussum*) se diferencia del mandato de que hemos tratado en el libro antecedente. Aquel es un verdadero contrato que requiere el consentimiento de ambos contrayentes, lo que no se puede verificar en el padre y el hijo, ni entre el señor y el siervo, que no se reputan por dos, sino por una persona: luego este de que tratamos no se puede llamar en rigor mandato, sino un precepto que los padres ò dueños imponen á sus hijos ó siervos. De consiguiente, si el padre manda á su hijo contraer ò negociar, ó á un siervo el señor, es lo mismo que si el padre ó señor hubieran contraido ó negociado, y quedan obligados por esta accion, la que podemos decir que es *una accion personal que corresponde â aquel que contrajo con un hijo de familia ó siervo, que tenia órden de su padre ó señor para contraer, à efecto de obligar â estos ó á sus herederos*

ú que cumplan el contrato celebrado en todas sus partes (1).

1211. Sìguense las acciones ejercitoria è institoria, para cuya inteligencia es necesario esplicar algunos vocablos. *Ejercitor* en lengua latina se llama aquel que trata de cargar una nave, suya ó alquilada, para echarla al mar, de suerte que á él como à dueño, pertenecen los emolumentos ó réditos de ella. Este por lo comun pone á otro en su lugar para que entienda en las negociaciones, presida y gobierne la nave, el cual se llama *maestre de nave*, *capitan*, y aun *patron*, siendo indiferente el que sea padre ò hijo de familia, libre ó siervo, mayor ò menor. Al que ponen los mercaderes en sus tiendas pùblicas para que en su nombre gire y gobierne la negociacion en ellas, llaman en latin *institor*, y entre nosotros se conoce con el nombre de *factor ó cajero mayor*. Tampoco importa el que éste sea padre ó hijo de familia, siervo, libre, mayor ó menor. Finalmente, las condiciones que se prescriben por el dueño al maestre de nave ó factor para que las guarde precisamente en el comercio se llaman *instrucciones*. Ahora, pues, si un mercader ingles envia á América una nave con su correspondiente maestre, y los mercaderes americanos contraen con él, parece que en rigor no deben estos tener accion contra el mercader ingles, supuesto que no contrageron con èl, sino con el maestre: mas nuestro derecho, siguiendo la equidad, concede á estos la accion llamada *ejercitoria*: es, pues, esta, *una acion personal que compete á los que contrajeron con el maestre de navio conforme â la instruccion recibida, contra el ejercitor ó dueño para obligarle ă cumplir el contrato celebrado con el maestre* (2),

1212. De la misma naturaleza es la institoria, la que tambien es *una accion personal que corresponde â aquel que conforme à instruccion contrajo con algun factor, contra el mer-*

(1) Arg. de la ley 2. tit. 16. lib. 4. Rec. * Véanse las leyes 16, 22. tit. 11. lib. 5. R., 3 y siguientes tit. 1. Part. 5.

(2) L. 7. al fin, tit. 21. Part. 4.

cader que le puso en la tienda, para obligarle á cumplir el contrato celebrado con el factor (1).

1213. Mas acerca de estas acciones se debe observar: 1.º Que queda siempre en arbitrio de los actores intentar la accion que tienen contra el maestre ó factor, ó la que igualmente les corresponde contra el ejercitor ó mercader, pues esta accion concedida por equidad no debe quitar la directa que tiene cualquiera contra la persona con quien contrajo. 2.º Que no tienen lugar estas acciones por delito del maestre ó factor, como ni tampoco por otros contratos que no pertenezcan al oficio en que están puestos (2). Y la razon es, porque los que los pusieron en aquel cargo solo están obligados en fuerza del consentimiento que dieron para los contratos que celebrasen, y deben constar de las leyes de la instruccion que les hayan dado.

1214. Síguese la accion tributoria (a), que en el dia no tiene uso alguno, ni se hace mencion de ella sino en el derecho de los romanos, por lo que no parece regular tra-

---

(1) Dicha ley 7. * L. 7. tit. 1. Part. 5.

(2) Arg. de la ley 7. ya citada, deducido de aquellas palabras: *con quien quier que los faga por razon de aquel menester ó mercaduría en que lo pone:* al n. 3.º

(a) Porque no se ignore qué cosa era esta accion, la trataremos brevemente por via de nota. Entre los romanos, si un hijo de familia que habia comerciado con el peculio profecticio quebraba por haber contraido muchas deudas, y sus acreedores le urgian para que pagase, en este caso no necesitaba de recurrir al juez, sino solamente á su padre, que tenia la calidad de juez doméstico. Este, pues, estaba obligado á distribuir prorata entre los acreedores las mercaderías procedentes del peculio, y á esto llamaban *distribuir*, en latin *tribuere.* Pero sucedia muchas veces que el padre fuese injusto y no guardase la igualdad debida en esta distribucion prefiriendo un acreedor á otro de mejor derecho; y para que este daño se remediase, se daba á los acreedores la accion *tributoria*, que competia á aquellos á quienes se habian distribuido mal las mercaderías del peculio del hijo ó siervo, contra el padre ó señor, para obligarle á que ejecutase una distribucion arreglada. De lo dicho se infiere claramente el motivo de estar abolida esta accion, pues en su caso, aun cuando se forme concurso de acreedores, no corresponde al padre ni al señor la graduacion de los créditos ni el pago, sino al juez.

tar de ella en unas instituciones que solo tienen por objeto el derecho de España (*).

1215. La quinta accion es la de peculio. Peculio se llama un pequeño patrimonio que el hijo de familia ò siervo posee con separacion del caudal de su padre ó señor. Mas como éste por razon del hijo sea de muchas maneras, y se divida en militar y pagano, y de estos el primero en castrense y cuasi castrense, y el segundo en adventicio y profecticio, aquí solamente se habla del profecticio, que es aquel que dimana de los bienes del padre. Ahora, pues, si el padre á su hijo, ó el señor á su siervo dió peculio para que negociase con él, y este hijo, ó siervo contrajo deudas, ó quedó responsable en algunos contratos que celebró, en este caso los acreedores á quienes se debe algo tienen la accion de peculio contra el padre ò señor, y sus herederos, hasta donde alcance el peculio. Están, pues, obligados el padre y señor en todo el valor del peculio, y si hay poco ó nada en èl, poco ò nada pagan: por esta razon referimos en el título antecedente esta accion entre aquellas por las cuales no siempre se consigue el todo. Concluiremos con su definicion en tèrminos para mayor claridad. Es, pues, *una accion personal de calidad adherente â todos los contratos, que se da contra el padre ó señor por el contrato celebrado por el hijo ó esclavo que tiene peculio, para obligarle â pagar hasta donde alcance el valor de éste* (†).

1216. La última accion perteneciente á este titulo es la que se llama *de lo convertido en utilidad propia*, en latin *de in rem verso.* Se introdujo esta accion en favor de los que contrataban con los hijos de familia ò esclavos para repetir por medio de ella contra sus padres ò señores, estinguido el peculio, todo cuanto se hubiese convertido en su utilidad ò entrado en su patrimonio. El caso de ella se puede figurar de esta suerte: un padre ó señor no mandó

(*) Vease á Greg. Lopez á la L. 3. tit. 15. P. 6. glos. 1.ª caso 3.
(†) L. 7. tit. 21. P. 4. L. 7. tit. 1. P. 5.

á su hijo que contragese: mas con todo el hijo ô siervo contrajo de modo que resultó utilidad ó aumento en su patrimonio, ya sea porque recibiese algo del contrato, como si comprò algunos cajones de libros y los remitiõ á su padre, ó ya sea que éste dejase de hacer algunos gastos necesarios con su dinero, y los hiciese con el que el hijo habia tomado á mùtuo, como si reparò su casa que amenazaba ruina, y pagõ à sus acreedores (1). Se funda, pues, esta accion en aquel principio de equidad, que ninguno debe enriquecerse con detrimento de otro, y por lo mismo, aunque se introdujo directa por los contratos de hijos de familia y siervos, se dà tambien útil contra cualquiera, por lo que otros hagan á su nombre, verificàndose haberse convertido en su provecho (2). De lo dicho se infiere que la que hemos esplicado es *una accion personal que se da contra el padre ò señor por la responsabilidad que les resulte de los contratos celebrados por su hijo ó siervo que administraron peculio, en cuanto se haya convertido en su utilidad.*

---

(1) L. 7. tit. 1. P. 6.
(2) LL. 5. y 6. tit. 1. P. 5. * Vease la L. 22. tit. 11. lib. 5. R.

TÍTULO VIII.

DE LAS ACCIONES QUE NACEN DE LOS DELITOS DE LOS SIERVOS, LLAMADAS NOXALES.

1217. Las acciones esplicadas en el título antecedente dimanan de contratos: sìguense ahora las que nacen de delitos de los siervos. Se llaman noxales de esta palabra *noxia*, por la que se entiende en derecho cualquier daño causado por algun delito de un siervo. *Noxa* se llama al mismo siervo que causó el daño, ó cometió el delito; pero aunque esta es la rigorosa significacion de estas palabras, se suelen confundir y usurpar promiscuamente. Es, pues, accion noxal *la que intentan aquellos à quienes ha dañado algun siervo, contra cualquiera que le posee, á efecto de obligarle, ó á que resarza el daño causado, ó à que entregue el siervo á la noxa*, es decir, que le entregue al dañado en manera de satisfaccion (1).

1218. La naturaleza de estas acciones consiste en dos cosas. 1.ª Que todas, como las del título antecedente, son de calidad adyecticia, ò adherente, que comprenden bajo de sì tantas especies cuantos son los delitos privados, y cuasi delitos que pueden cometer los siervos; y asi si un siervo cometió hurto, se da la accion noxal de hurto: si injuria, accion noxal de injuria: si daño arrojando ó derramando, accion noxal de lo arrojado ó derramado. 2.ª Que esta accion es equivalente á la real, porque se da contra cualquier poseedor; y asi, el que tiene en su poder al siervo al tiempo de la contestacion del pleito, es el reconvenido noxalmente; mas si el siervo fuese manumitido, entonces él mismo seria reconvenido, no con accion real, sino con la directa, procedente del delito cometido.

1219. De la definicion dada se deduce claramente contra quien se dan estas acciones; á saber: contra el señor,

---

(1) LL. 4. tit. 13., y 5. al fin tit. 15. P. 7.

pues parece justo que ya que este lo adquiere todo por el siervo, tambien sufra el daño cuando le cause. Mas como podia acontecer que la pena importase mas que el valor del siervo, se tuvo por conveniente conceder al señor arbitrio para que escogiese una de dos, ò resarcir el daño ò desamparar el siervo (1).

(1) L. 5. al fin, tit. 15. P. 7. * L. 14. tit. 9. P. 7.

TÍTULO IX.

DE LAS ACCIONES QUE RESULTAN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR LOS CUADRUPEDOS O BESTIAS.

1220. Acerca de este título, para proceder con claridad debemos distinguir tres casos. El 1.º cuando una bestia mansa contra su natural instinto ó costumbre y sin instigarla hizo daño; v. gr., cuando un caballo da coces: el 2.º cuando dañó en las cosas agenas por hechos naturales; v. gr., un buey pastando en prado ó mieses de otros; y el 3.º cuando el daño proviene de una bestia de las que se llaman fieras, como leon, oso, tigre &c.

1221. Para todos estos casos, aunque por nuestro derecho no tienen nombre distinto las acciones que resultan, se debe proceder en ellos con distincion, por no ser una misma la pena que se impone en todos (1).

1222. La accion que resulta en cualesquiera de ellos se llama de daño causado por las bestias, llamada en latin *pauperies*, aunque esta palabra se usurpaba para significar el daño ocasionado por un cuadrúpedo contra su naturaleza, conforme esplicamos en el primer caso. Sea, pues, por hecho contrario á su natural mansedumbre, sea por un hecho natural, corresponde por nuestro derecho *una accion contra cualquier poseedor del animal que dañó sin ser irritado ni instigado, para que, ó resarza el daño causado, ó entregue la bestia* (2). Se dice que esta accion se intenta contra cualquier poseedor, porque no es puramente personal sino que tiene esta calidad de real (3). Se dice que ha de haber dañado sin ser irritado ni instigado, porque si al-

(1) Por derecho romano la primera accion se llamaba de *pauperie*: la segunda de *pastu pecorum*; y la tercera se llamaba *Edilicia*; pero nosotros á cualquier daño de estos tres podemos llamar *pauperies*.

(2) LL. 22. y 24. tit. 15. P. 7.

(3) Arg. de la ley 22. ya citada.

guno la espantó ó la irritó, no se da esta accion, sino la de daño causado sin derecho, y no contra el señor de la bestia, sino contra el que la irritó (1). Finalmente se añade que debe el dueño resarcir el daño ò entregar el animal, porque esta accion es *noxal* que tiene por su naturaleza esta alternativa, y milita para ella la misma razon que dimos en el título antecedente.

1223. Tiene tambien por efecto esta accion cuando es intentada por daños hechos en huertas, mieses ú otras cosas de alguno, causados por los animales á sabiendas del dueño, ó por malicia suya ó del pastor que los guarda, de obligar á la satisfaccion del doblo de todos los daños conforme los valuaren hombres inteligentes (2). Pero aun cuando se encontrase á las bestias ò ganados haciendo el daño, no será lícito matarlos, herirlos, ni hacerles mal alguno, solo sì agarrarlos para llevarlos ante el juez (3).

1224. Ultimamente, por lo que hace al tercer caso que se agrega á este título, aunque en rigor no pertenece á èl, se concede accion al que recibió un daño estimable de una bestia fiera mal guardada, contra el dueño que no tuvo el cuidado debido con su seguridad, para obligarle á que pague el dos tantos del daño causado (4). Mas si el daño fuese inestimable, como si la fiera mordiese ò lastimase á un hombre libre, por la misma accion será obligado el señor de la bestia à pagar las espensas de la cura, y todos los daños y menoscabos que se le sigan, ya por la cesacion de obras, ya de otra manera, como si quedase impedido para siempre. Y si muriere, deberá pagar doscientos maravedis de oro, la mitad para los herederos del muerto, y la otra mitad para la cámara del Rey (5).

(1) Dicha ley 22. al fin, tit. 15. P. 7.
(2) L. 24. tit. 15. P. 7.
(3) Dicha ley 24. al fin. * L. 12. tit. 7. lib. 7. R.
(4) L. 23. tit. 15. P. 7.
(5) L. 23. al fin, del mismo tit.

TÍTULO X.

DE LOS PROCURADORES.

1225. Con motivo de que las acciones de que hemos tratado hasta aqui se intentan en juicio ó por sí, ò por medio de procurador, se trata en este título de los procuradores.

1226. *Procurador* en el sentido que aqui se toma es *aquel que por mandato del dueño recibe en si la administracion de algun pleito ó negocio judicial* (1). Se dice que aqui se toma en este sentido, porque tambien hay procuradores estrajudiciales, que son los que propiamente se llaman mandatarios. Se dice tambien que el procurador administra un pleito ageno por mandado de su dueño, porque si lo hace sin esta calidad, es decir, sin un mandato, ó verdadero ó presunto, no será procurador, sino *defensor*, el que solo se admite en favor del reo y no por el actor; y esto no de otra suerte que dando caucion de rato, y de pagar lo juzgado y sentenciado (2).

1227. De la definicion dada se infiere quien puede constituir ó nombrar procurador; conviene á saber: el dueño del negocio que tiene la libre administracion de sus cosas. La razon que tenian los romanos para esto, y que tambien se deduce de nuestro derecho (3), es porque en el procurador se transfiere el dominio del pleito ; y asi, es una especie de enagenacion, la que no puede hacer el que no tiene la libre administracion de sus cosas. De donde se deduce claramente por qué los hijos de familia, los menores sin autoridad de su curador, y los siervos, no pueden constituir procurador sino en ciertos casos (4), en los que son reputados como dueños.

1228. De la misma definicion venimos en conocimien-

---

(1) L. 1. tit. 5. P. 3.

(2) L. 10. tit. 5. P. 3.

(3) Arg. de la ley 2· y 3. tit. 5. P. 3.

(4) Véanse las leyes 2. 3. y 4. tit. 5. P. 3

to de quien puede ser procurador, esto es, cualquiera que sea capaz de encomendarse de la administracion de los negocios judiciales ó pleitos agenos (1). Por esta falta de calidad no pueden ser procuradores de otro en cosa alguna el loco, desmemoriado, mudo y sordo del todo; ni el acusado de delito grave mientras dura la acusacion : la muger, si no es por sus ascendientes y descendientes no habiendo quien los defiendan, y estando ellos imposibilitados, y tambien por librar à sus parientes de servidumbre ô de sentencia de muerte: los religiosos, si no es en pleito de su ôrden : los clérigos de órden sagrada, si no es en los de sus iglesias, Rey ò prelado : los siervos, si no es en pleito del Rey: los caballeros ó soldados estando en actual servicio ; y los menores de veinte y cinco años (2).

1229. Se acaba el oficio de procurador por muerte del que le dió el poder si acaece esta antes de la contestacion de la demanda, pues si acaeciere despues, no espira su potestad, por lo que puede continuar el pleito hasta su conclusion, aunque los herederos no ratifiquen espresamente el poder, como no nombren otro procurador (3). Del mismo modo, si el procurador fallece antes de comenzar el pleito espira su oficio; pero si ya le hubiere comenzado, pueden y deben sus herederos continuar en él, siendo idòneos, lo que no se practica (a).

---

(1) L. 5. del mismo tit.

(2) LL. 5. 6. 7. y 8. tit. 5. P. 3.

(3) L. 23. tit. 5. P. 3.

(a) Estas disposiciones se fundan en aquel principio de derecho romano adoptado por las leyes de Partida, de que el procurador por la contestacion de la demanda se hace señor del pleito con verdadero dominio en él: por lo cual, como las cosas en que se tiene dominio pasan á los herederos, era consiguiente que la facultad de continuar pasase. Por esta razon solo se estinguia el poder de los modos con que se estinguia el dominio: mas si esta regla ō principio tuviera lugar en el dia, no se podria revocar el poder en cualquier estado del pleito, como se hace en la práctica, pues el dominio una vez adquirido no se pierde por revocacion.

1230. Tambien se acaba el oficio de procurador por la sentencia definitiva siendo favorable; pero si fuere adversa puede apelar de ella, aunque esta facultad no esté espresa en el poder; pero no puede continuar la apelacion sin nuevo consentimiento ó mandato del dueño, ò mandante (1). Asimismo se acaba por renuncia voluntaria que haga de su oficio el procurador, la que despues de contestado el pleito debe ser con justa causa (2), como tambien la revocacion hecha por el mandante. Pero como la manifestacion de las causas que pueden motivar la revocacion tiene inconvenientes, se ha tenido por mas equitativo en la práctica no seguir lo dispuesto en derecho, y que en cualquier tiempo que lo juzgue oportuno á sus intereses el mandante, haga la revocacion del poder, no solo no alegando causas ni prometiendo probarlas, sino espresando *que deja al procurador ó apoderado en su buena opinion y fama, y que le revoca el poder sin ánimo de injuriarle* (3). Pero antes de la contestacion del pleito le puede quitar sin causa alguna.

1231. Aunque las leyes permiten generalmente à todos los que no estan prohibidos el que puedan comparecer en juicio por sí mismos, con todo, el òrden y arreglo que se debe observar en los tribunales superiores ha hecho que en los Consejos y en todas las Audiencias y Chancillerias haya cierto número de procuradores examinados, para que los negocios se manejen por personas inteligentes y fieles, sin que ninguna persona pueda presentar peticion si no fuere por medio de uno de los procuradores del nùmero (†).

1232. Estos no pueden presentar peticion sin traer poder de las partes y presentarle firmado por bastante por algun abogado (*).

---

(1) L. 23. v. Aun decimos en el medio, tit. 5. P. 3.

(2) LL. 23. y 24. del mismo tit.

(3) L. 24. del mismo tit., y Febr. tom. 2. pàg. 380. n. 17. en donde asegura que asi se observa judicial y estrajudicialmente.

(†) L. 1. y 2. tit. 28. lib. 2. R. I. y lo mismo en Buenos Aires por L. de 12 de Setiembre de 1825. Reg. Ofic. lib. 5. n. 7.

(*) L. 2. tit. 24. lib. 2. R. C.

1233. Les está prohibido hacer los escritos por sì mismos, debiendo para el efecto valerse de abogado, y solo se les permite presentar peticiones pequeñas para acusar rebeldías ó pedir prorogaciones de términos, y otras semejantes (†).

1234. Deben ser multados cuando digeren cosas falsas (‡), y cuando hablaren sin licencia ; (‡‡) y privados de sus oficios si recibieren dádivas ó presentes de las partes porque dilaten las causas en que procuran (§).

(†) L. 8. tit. 24. lib. 2. R. C. y L. 10. tit. 28. lib. 2. R. I.

(‡) L. 5. tit. 28 lib. 2. R. I.

(‡‡) L. 6.

(§) L. 8.

TÍTULO XI.

DE LAS CAUCIONES JUDICIALES.

1235. Como el actor ó su procurador y el reo estan obligados en muchos casos á prestarse alguna seguridad, asi por lo que hace à su persona como á las resultas del pleito, parece regular que despues de haber tratado en el título antecedente de los procuradores, se trate en este de las cauciones ò seguridades que deben dar en juicio, tanto el actor como el reo.

1236. *Caucion* en este sentido no es otra cosa *que un acto por el cual el reo asegura al actor, ó este al reo* (*). De aqui mismo se deduce la razon por que se exige esta seguridad. Importa á la República que los juicios no sean ilusorios, y que los ciudadanos no se vejen mútuamente con pleitos injustos. Debe, pues, el actor estar seguro de que el reo no hará fuga, ô de que pagará lo juzgado y sentenciado, y este de que el actor continuarà el pleito, y le indemnizará de los perjuicios que le haya causado, cuando lo intenta sin tener de su parte la justicia.

1237. Todas las cauciones de que se puede usar conforme á derecho se reducen à cuatro especies. La 1.ª es la fideiusoria, que consiste en dar fiadores idòneos y abonados, es decir, que tengan con que pagar y puedan ser fácilmente reconvenidos. La 2.ª es la pignoraticia, que se presta dando prendas de un valor que esceda ó iguale al de las deudas. La 3.ª es la juratoria, por la cual interpuesta la religion del juramento se asegura el cumplimiento de lo pactado. La 4.ª es la mere promisoria, y consiste en una simple promesa de cumplir su palabra.

1238. Hemos dicho que asi el reo como el actor estan obligados muchas veces á dar caucion. Veremos, pues, separadamente cuales da el reo y cuales el actor. La primera

(*) Que se entienda por *caucion* lo dice la ley 10. tit. 33. P. 7.

que se puede exigir del reo es la fianza *de la haz*, y se le da este nombre porque se le constituye en juicio ante el juez y escribano de la causa, ó ante otro en virtud de òrden del juez. Puede tener lugar tanto en las causas civiles como en las criminales. En las civiles lo tiene cuando se manda á algun deudor poco abonado que arraigue el juicio, y que en su defecto se le pondrá preso. Esta caucion sirve para que si hace fuga no quede ilusorio el juicio, ni el colitigante perjudicado. En las criminales se da cuando no se puede imponer al reo otra pena que pecuniaria por ser leve el delito. Puede otorgarse de dos maneras, y son: *de presentarse en juicio, y de pagar lo juzgado y sentenciado.* Por la primera se obliga el fiador solamente à que el reo asistirá al juicio y no hará fuga; y asi solo se estiende su obligacion hasta la sentencia dada en primera instancia. Durante ella debe traer el reo á juicio siempre que se le mande, ó comparecer él en su nombre y defenderle. Por la segunda se obliga á las resultas del juicio, esto es, á pagar lo juzgado y sentenciado contra el reo en todas instancias. No son, pues, otra cosa estas dos especies de fianza, que asegurar el fiador que el reo se presentará en juicio, estará á derecho en la causa, y pagará lo que contra él fuere juzgado y sentenciado en todas instancias y tribunales, y que en su defecto lo satisfará él enteramente (1). Pero si el demandado en juicio no halla quien le fie, bastará que preste juramento de estar á derecho hasta la conclusion del negocio. Esta promesa, que es la que se llama *caucion juratoria*, y esplicamos arriba, obra el mismo efecto que la fianza, y regularmente se da por falta de fiador cuando el reo por ser pobre no le encuentra ni tiene prendas para la seguridad de la deuda, ó cuando la cosa por que se da la caucion es de corta entidad (2).

1239. Otra fianza de las que da el reo es la que se

---

(1) LL. 17. y 18. tit. 12. P. 5.

(2) L. 41. tit. 2. P. 3.

llama *carcelera ó de cárcel segura*. Esta se dirige únicamente á la libertad del reo encarcelado, y se le admite cuando no merece ni se le debe imponer pena corporal, sino pecuniaria por el delito que cometió, y por eso se le suelta de la prision (1). Este fiador se llama *carcelero comentariense*, porque toma á su cargo la custodia del reo, por cuyo encargo y promesa que hace de volverle á la cárcel se le pone en libertad, obligándose á presentarle en ella en el término legal, ó en el que prefina el juez ò siempre que se le mande, bajo la pena que como á tal carcelero se le imponga, ù otra à que se obligue.

1240. Mas aunque el fiador se obligue à presentar al reo dentro de tiempo determinado y no lo cumpla, no por eso incurre al punto en la pena; antes bien debe el juez concederle seis meses de término, si el primero fue igual ó menor, de suerte que en todo puede ser un año: si dentro de él no le presenta incurre en la pena, y pasado se le puede exigir; y en el discurso del año tiene facultad de defenderle en juicio (2). Esta pena ha de ser meramente pecuniaria, porque ninguno puede obligarse á pena corporal por delito que no cometiò (3); por cuya razon á ningun reo que la merezca se suelta ni debe soltar con fianza ni sin ella (4). Si el reo fallece antes que espire el primer plazo, no debe su fiador pagar la pena; pero si sucediere su muerte despues de cumplido, incurre en ella y se le puede exigir. Si se obliga solamente á presentarle á dia cierto sin imponerse pena, puede el juez condenarle si no cumple en alguna arbitraria; y si procediese la no presentacion de dolo ò malicia suya, imponérsela mayor (5). Mas en ninguno de los casos espresados debe ser reconvenido el fiador por la pena, pasado el año siguiente al

(1) LL. 24. tit. 18. P. 3., y 16. tit. 1. P. 7.
(2) LL. 17. y 18. tit. 12. P. 5.
(3) L. 10. tit. 29. P. 7.
(4) Dicha ley 10. tit. 29. P. 7.
(5) L. 19. tit. 12 P. 5.

dia en que él plazo se cumplió, si dentro de él no se le demandó (1).

1241. La fianza de *saneamiento* es la que da el reo ejecutado no exento, aunque tenga bienes competentes al pago de la deuda, para evitar que se le ponga preso (2). Se llama asi porque el fiador está obligado á sanear los bienes secuestrados al deudor, y en su defecto á pagar de los suyos el importe de la deuda. Esta fianza ha de constar de tres particulares. El primero que asegure el fiador que los bienes embargados son del ejecutado. El segundo que serán equivalentes al tiempo del remate, no solo para la solucion de la deuda, sino de las costas que se causen en su cobro. Y el tercero que se obligue á satisfacerlo todo si se verificase no ser suyos, ó el resto deducido el importe que produzcan los que haya, para lo cual hará suya propia la deuda, y se constituirá en estos casos principal pagador. Con esta fianza, si es el ejecutado de los que pueden ser presos por deuda, se eximirà de serlo, á menos que pertenezca al Rey, pues entonces aunque sea hidalgo, y afiance de saneamiento, ha de estar en la prision hasta que la real hacienda se reintegre efectivamente de todo su crédito (3).

1242. Entre las cauciones que se pueden exigir del actor la primera es la de *rato*. Esta debe dar todo aquel que comparece en juicio en nombre de otro sin poder, ó sin el bastante, ó como conjunto ; v. gr., el marido por su muger, el pariente por sus parientes hasta el cuarto grado, los herederos que poseen bienes *pro indiviso* y los socios que tienen compañia. El actor en estos casos debe dar fianza segura bajo de pena de que aquel por quien acciona habrà por firme lo que se practicare è hiciere en el pleito; y que sino quisiere, ellos y sus fiadores pagarán al coliti-

(1) L. 10. tit. 16. lib. 5. R.
(2) L. 19. tit. 21. lib. 4. R.
(3) Ll. 1. y 11. tit. 2. lib. 6. Rec.

gante la pena prometida, y la que se les imponga. Pero el reo debe pedir la fianza antes de la contestacion, porque despues no están obligados à darla aunque se les pida (1).

1243. La fianza llamada *de la ley de Toledo*, que es la 2.ª, tít. 21, lib. 4.º de la Rec., tiene lugar en el juicio ejecutivo. Se da por el actor en el caso de que el reo ofrezca probar con testigos la paga ó legítima escepcion, fuera del término perentorio de diez dias que le concede el derecho, sin cuyo requisito no percibirá el importe de la condenacion. Tambien se da en el caso de que el reo ejecutado apele al tribunal superior, con cuya fianza se admite la apelacion en cuanto al efecto devolutivo, pero no en cuanto al suspensivo; y el reo queda asegurado de que siempre que por el superior se revoque la sentencia de remate, volverà y restituirâ el ejecutante la cantidad que hubiere percibido por dicha sentencia (2).

1244. La *de la ley de Madrid*, que es la 4.ª, tít 21, lib. 4.º de la Rec., se da tambien en la via ejecutiva que se entabla en virtud de sentencia arbitraria proferida en compromisos y transaciones. En este caso la parte que pide la ejecucion de la sentencia debe dar fianza llana y abonada ante el juez á quien se pidiere la ejecucion de la sentencia, de volver y restituir lo que hubiere de recibir por virtud de la tal sentencia, con los frutos y rentas, segun fuere condenado el reo, en el caso de que se revoque. Esto mismo tiene lugar en las transaciones hechas entre partes por ante escribano público (3).

1245. Ultimamente la fianza llamada *depositarìa ó de acreedor de mejor derecho* es la que un acreedor á un concurso ú otro

---

(1) L. 10. tit. 5. P. 3. * y 21. id.
(2) LL. 3. y 19. tit. 21 lib. 4. R.
(3) L. 4. tit. 21. lib. 4. R.

juicio universal da cuando antes ò despues de la sentencia de graduacion ha de cobrar su crédito, de que si pareciere otro de mejor derecho devolverá lo que haya recibido ó la parte que de ello se mandase, despues de ser vencido en juicio (1).

---

(1) L. 12. tit. 16. lib. 5. R.

TÍTULO XII.

DE LAS ACCIONES PERPETUAS Y TEMPORALES, Y DE LAS QUE PASAN A LOS HEREDEROS Y CONTRA ELLOS.

1246. Restan finalmente [illegible] octava y nona division de las acciones; conviene à saber: que unas son perpetuas y otras temporales: unas se conceden á los herederos y contra los herederos; y otras ni se dan à los herederos ni contra ellos.

1247. Aunque antiguamente se llamaron perpetuas las acciones que nunca se acababan, despues, consultando á que los pleitos no fuesen interminables, se dicen acciones perpetuas aquellas que duran un tiempo muy largo, como veinte ó treinta años; y temporales las que se acaban dentro de un breve espacio; v. gr., un año, dos, tres ó cuatro. El que tengan término las acciones no solo es útil, sino tambien conforme á los principios de derecho. Segun estos las acciones se enumeran entre las cosas incorporales, las que se cuentan en nuestros bienes y aumentan nuestro patrimonio. Mas como todo lo que es de esta naturaleza está sujeto á perderse por prescripcion, por militar en unas y otras cosas las razones en que se funda este derecho, de ahí nace que las acciones, como cualquiera otra cosa, se pierden por tiempo; y todas, si se hubiere de hablar con rigor, se deberian llamar temporales.

1248. Para [illegible] con la [illegible] claridad en esta materia que es [illegible] y de [illegible], [illegible] varias reglas [illegible] las acciones.

1249. [illegible] *e reales duran tanto cuanto [illegible] el [illegible] en la cosa de donde dimanan* (*). Es decir, que si se ha de intentar una accion real para vindicar una cosa mueble, debe hacerse dentro de tres años: si raiz dentro de diez entre presentes, y veinte

(*) Vease sobre esta regla á Hein. Recitac. [illegible] 1265.

entre ausentes. Si se dejaron cumplir estos términos la cosa se prescribió, y se estinguió la accion para repetirla (1). Esto se entiende poseyendo con buena fè, pues si con mala, durará la accion treinta años, y aunque pasados estos se estingue, sin embargo no adquiere el dominio el poseedor (2).

1250. Regla 2.ª *Las acciones puramente personales duran veinte años, ya se considere sola la accion personal, ya con ejecutoria dada en virtud de ella* (3). Es decir, que toda accion personal ordinaria dura veinte años contados desde el dia en que consiguió egecutoriar (a). Mas como de la sentencia ejecutoriada, ó pasada en autoridad de cosa juzgada (a), nace otra accion personal para pedir ejecutiva-

(1) LL. 9. 17. y 18. tit. 29. P. 3.

(2) L. 21. tít. 29. P. 3.

(3) L. 6. tit. 15. lib. 4. R.

(a) Ejecutoriar no es otra cosa que conseguir que en el juicio ordinario seguido por todos sus trámites, y aun despues de segunda instancia, se declare corresponder el derecho que se ha litigado, sacando para cumplimiento de la sentencia el despacho ó carta llamada *ejecutoria*, la que es un instrumento legal en que consta lo determinado en juicio por dos ó tres sentencias conformes, segun el estilo y práctica de los tribunales reales ó eclesiásticos (*).

(a) No es lo mismo ejecutoriar que declarar una sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, aun cuando en sus efectos en nada se diferencian Lo primero ya hemos esplicado que es: lo segundo se verifica cuando dada sentencia definitiva no se apela de ella por ninguna de las partes, en cuyo caso, pasados los cinco dias de término que concede el derecho para interponer apelacion de cualquiera sentencia (1), la parte en cuyo favor fuere pronunciada presenta pedimento para que se declare por consentida, y pasada en autoridad de cosa juzgada, haciendo relacion del dia en que se pronunció, y del de sus notificaciones; á cuya continuacion se da traslado al reo, y con lo que diga ó no, se provee auto por el juez, en que declara la sentencia por consentida, no apelada y pasada en autoridad de cosa juzgada, mandando que se lleve á debido efecto, por lo cual se dice que tiene aparejada ejecucion.

(*) Para lo que deba contener una ejecutoria véase la L. 114 tit. 15 lib. 2. R. I.

(1) L. 1. tit. 18 libro 4. Rec., que deroga á la ley 22 tít. 23 Part. 3., que concedia diez dias.

mente, que es lo que llamamos *derecho de egecutar*, el cual, segun la regla que daremos despues, dura diez años; se sigue que el acreedor que obtuvo ejecutoria, dentro de los diez primeros años puede pedir ejecutivamente, y dentro de los diez restantes solo ordinariamente, por haber perdido el derecho ejecutivo que antes tenia; de suerte que si dentro de los veinte años no usa de su derecho en la forma espresada, no puede intentar despues accion alguna contra su deudor, por haber espirado ambas con el curso del tiempo, y presumirse pagada ó remitida la deuda (a).

(a) No hay duda que esta prescripcion ó pérdida de las acciones por el curso del tiempo se funda principalmente en presuncion de paga, no siendo regular que de otra suerte el acreedor se estuviese tanto tiempo sin usar de su derecho, y si se le oyese sucederia muy facilmente que muchos deudores que ya habian pagado se verian en precision de volver á pagar, por no poder acreditar la paga hecha. Asi lo dice la ley 3. tit. 13. lib. 3. del Ordenamiento real, que aunque algunos la tienen por derogada, por la ley 63 de Toro, que es la 6 tit. 15 lib. 4 de la Rec., y otros la concilian valiéndose de la 4 del mismo titulo, con todo, da luz en esta materia, y prueba lo que hemos dicho. Por cuyo motivo insertaremos aqui literalmente las dos. Dice, pues, asi la ley 3. "Suele acaecer que seyendo las deudas pagadas á quien eran debidas, que ellos ó sus herederos las demandan despues de luengo tiempo á los deudores ó á sus herederos, y porque no pueden probar la paga por muerte de los testigos ó por ser perdida la carta de pago, han de pagar lo que no deben. Por ende ordenamos que aquel que alguna accion ò demanda tiene contra otro, con carta ó sin carta y desque el plazo llegare no le demandare en juicio ó no ficiere emplazar la parte sobre ello, ó no fuere fecha entrega y ejecucion por ello fasta diez años, que dende en adelante pierda la demanda y no sea oido sobre ello."——Y la ley 4 desde el epígrafe se esplica en estos términos,——*Que la ley ante de esta se entienda que no se pueda facer entrega por tal deuda si el deudor no fuere demandado.*——" Mandamos que prescripto el contrato por transcurso de tiempo de diez años, segun que en la ley ante de esta se contiene, ninguna entrega ni ejecucion se pueda facer del tal deudo, fasta que el deudor sea emplazado y oydo". El tenor de estas leyes demuestra que se fundan en presuncion; y como esta debe siempre ceder á la verdad, se sigue que usando el acreedor del medio y cautela de pedir que el deudor no solo reconozca bajo de juramento el vale ú obligacion, sino que tambien declare si debe su importe, de este modo hace que reviva la accion muerta por el discurso del tiempo.

1251. Regla 3.ª *Las acciones mistas de reales y personales, v. gr., cuando en la obligacion hay hipoteca, de suerte que no solo está obligada la persona, sino tambien sus bienes, duran treinta años* (1). Esta regla es clara atendidas las doctrinas dadas en la antecedente.

1252. Regla 4. *La accion de pedir ejecutivamente la deuda por obligacion personal, que es lo que se llama derecho de ejecutar, dura solamente diez años* (2).

1253. Acerca del punto en que comienzan à correr estos diez años, aunque opinan los autores con diversidad, parece lo mas probable que se entienda de este modo. Si se pide en virtud de escritura con cláusula guarentigia, no hay duda que comienzan á correr los diez años desde el dia en que se cumpliò el plazo, y sino le contiene, ó es obligacion pura ó simple, desde el de su otorgamiento. En los papeles simples, desde su reconocimiento hecho en la forma que pide la ley (3) para que traigan aparejada ejecucion (a). Y siendo sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ó ejecutoriada, antes que se cumplan los diez años siguientes al dia en que se ejecutorió; y pasados se perdiò el derecho de ejecutar, y solo queda al acreedor la accion

---

El Dr. Diego Perez, glosador de estas leyes, dice asi en estas palabras: *Prescripto el contrato.* Intellige quod ad executionem, quantum vero ad actionem personalem præscribendam, sunt necesarii alii decem anni, et sic actio personalis jure regio vicennio, jus autem exequendi decennio præscribitur, et est optimus intellectus ne dicamus uno momento hanc corrigere superiorem.

(1) L. 6. tit. 15. lib. 4. Rec.

(2) Dicha ley 6 tit. 15 lib. 4. Rec.

(3) L. 5. tit. 21 lib. 4. Rec.

(a) Véase al Sr. Vela en la disertacion 26, quien prueba latamente esta opinion, despues de proponer los fundamentos de los que quieren se cuenten desde el dia del otorgamiento, y la confirma con la prãctica de la Audiencia de Sevilla, de donde foé oidor, en la que dice que muchas veces se confirmaron ejecutorias de jueces inferiores que contenian sentencias dadas contra deudores reconvenidos por papeles simples, judicialmente reconocidos despues de diez años.

ordinaria, la cual, segun hemos dicho antes, le dura otros diez años (a).

1254. Sirven de escepcion á estas reglas varias acciones personales que solo duran tres años, y pasados se presume pagada la deuda, no habiéndose interrumpido la prescripcion por cobro ó contestacion de pleito. Tales son: 1.ª La que tienen los abogados y procuradores para pedir sus honorarios (1). 2.ª La que compete à los boticarios, joyeros y otros oficiales mecánicos, y á los especieros, confiteros y otras personas que tienen tiendas de cosas de comer, para cobrar lo que hubieren dado de sus tiendas, ó las hechuras de los muebles ó cosas que hubieren hecho (2). 3.ª La que tienen los criados para cobrar sus servicios ó salario, debiéndose contar los tres años en estos desde el dia en que hubieren sido despedidos por sus amos, y en los otros desde el dia en que se contrajo la deuda (3).

1255. Se acaban tambien en breve tiempo las acciones que rescinden algun acto, como son las restituciones *in integrum*, que duran cuatro años (4), escepto la que se concede à las iglesias, fisco y ciudades cuando la lesion es enorme, que dura treinta años (5). Menos duran las acciones redhibitoria y cuanto minoris, pues la primera se da para rescindir la venta dentro de seis meses, y la segunda para minorar el precio dentro de un año, contado uno y otro término desde el dia de la venta (6)

1256. Las reglas dadas tienen lugar en las acciones

(a) Sobre esta materia puede tambien verse à Gomez en la ley 63 de Toro, y â Febrero tom. 1. pag. 308 y tom. 5. pag. 129, en donde trata difusamente de qué modo se interrumpe la prescripcion cuando el deudor ha hecho algun pago dentro de los diez años.

(1) L. 32 tit. 16. lib. 2. Rec.

(2) L. 9. tit. 15 lib. 4. Rec.

(3) Dicha ley 9. del mismo tit.

(4) Ll. 8. y 9. tit. 19 Part. 6.

(5) L. 10 del dicho tit.

(6) L. 65 tit. 5. Part. 5.

personales que nacen de contratos; mas en las que nacen de delitos se señalan distintos tiempos para intentarlas.

1257. Regla 1.ª *Las acusaciones criminales, ó la accion que tiene cualquiera del pueblo para acusar en los delitos pùblicos, dura veinte años* (1). De esta regla se esceptúan varios casos. 1.° Cuando el crímen se continùa; y asi mal podria un ladron pûblico oponer la prescripcion de veinte años habiéndolos pasado todos ellos en hurtar. 2.° Los delitos contra la castidad, cuya accion para acusarlos solo dura cinco años, y aun en algunos casos menos (2). Escepto el adulterio, que siendo cometido por fuerza, dura su acusacion treinta años (3). 3.° Los delitos gravísimos, como la heregía, simonìa, de lesa magestad, y otros semejantes, en los que se puede siempre acusar: de consiguiente esta accion en rigor serà perpetua (4).

1258. Regla 2.ª *La accion de cualquier delito privado se prescribe en el espacio de veinte años, sino es que se encuentre mas ó menos tiempo señalado en las leyes* (5). Asi la accion de dolo dura dos años solamente; mas la de daños y perjuicios que resulta de èl dura treinta (6). La accion de injurias un año solamente (7); y asi de otros cuyos tiempos pueden verse en las mismas leyes.

1259. Pasemos ahora á la segunda parte del título en la que se trata de las acciones que pasan á los herederos y contra ellos; y para su conocimiento daremos tambien tres reglas.

1260. Primera: *Toda accion persecutoria de la cosa ó pe-*

---

(1) L. 5. tit. 7. Part. 7., y Paz, quinta parte, tomo 1. cap. 1. n. 8.

(2) Ll. 3. y 4. tit. 17. Part. 7.

(3) Dicha ley 4. tit. 17 Part. 7.

(4) Vèase á Gregorio Lopez en la glosa 4. de la ley 4. tit. 17 Part. 7.,

(5) Paz, quinta parte, tomo 1. cap. 3 nums. 83 y 84.

(6) L. 6. tit. 16 Part. 7.

(7) L. 22 tit. 9. Part. 7.

nal puede ser intentada por los herederos del difunto, sino es que sea destinada solamente para la venganza. La razon es, porque el heredero sucede en todos los derechos del difunto; de suerte que lo que á él le correspondia ò se le debia, ya por derecho en la cosa ó â la cosa, pertenece y se le debe tambien al heredero. Se esceptùan las acciones que solo miran á la venganza, como la accion de injurias, la de inoficioso testamento, la que se da para revocar la donacion por ingratitud, y otras semejantes, porque en ellas en realidad no se pide una cosa que falta de nuestro patrimonio, sino una satisfaccion que es puramente personal (1).

1261. Segunda. *Toda accion persecutoria de la cosa aunque nazca de delito, se da contra los herederos.* La razon es, porque segun dijimos en la regla antecedente, los herederos suceden en todo los derechos del difunto, el cual cuando se obligò no solo lo hizo por sí, sino tambien por sus sucesores (2).

1262. Tercera. *Las acciones penales, ya nazcan de delito, ya de contrato (v. gr., la de deposito miserable), pueden ser intentadas por los herederos; pero no contra ellos, si no es que el pleito haya sido contestado por el difunto* (3). La razon es, porque las penas como los delitos, son puramente personales; y así solo tienen lugar en los autores del delito, no en los herederos, que suponemos inocentes. La razon de la escepcion es, porque la contestacion del pleito induce un cuasi contrato, el cual ya estaba entre el difunto y el agraviado; y así la obligacion de él pasa al heredero (4).

---

(1) L. 23 tit. 9. Part. 7.

(2) L. 20 tit. 14 Part. 7. • y véase la L. 5. tit. 2. P. 5.

(3) Dicha ley 20 tit. y Part. • y L. 25 tit. 1. Part. 7. 25 tit. 9. Part. 7, 9. tit. 20 lib. 4. Fue. R.. y véanse las LL, 7. y 8. tit. 1. Part. 7.

(4) Ll. 23 tit 9., y 20 tit. 14 P. 7.

TÍTULO XIII.

DE LAS ESCEPCIONES.

1263. Asì como al actor corresponde entablar su accion, de la misma manera es à cargo del reo elidirla y defenderse. Esta defensa puede hacerse por el reo, ó negando absolutamente la peticion del actor, ó confesando la causa que tiene para pedir, pero rechazándola por algun motivo justo, que es á lo que llamamos *escepcion*.

1264. Diremos, pues, que la escepcion es *una defensa ó esclusion de la accion intentada por el actor que hace el reo, ó elidiéndola del todo, ó suspendiendo su efecto* (1). Segun este modo de esplicar las escepciones, que es conforme à nuestro derecho (a), se dividen en perpetuas ò perentorias, y en temporales ó dilatorias. Las primeras son aquellas que alegadas acaban con la accion que parecia tener el actor; v. gr., la escepcion de cosa juzgada, de dolo ó de

---

(1) Ll. 7. y 8. tit. 3. Part. 3., y 1. y siguientes, tit. 5. lib. 4. Rec.

(a) Segun el derecho de los romanos, la escepcion era una esclusion, fundada en la equidad, de la accion que competia atendido el rigor de derecho; es decir que solo decian escepcionarse el reo, cuando la accion que tenia el actor atendido el rigor de derecho era válida, y debía producir su efecto; pero la equidad prohibia que le produjese. Por ejemplo: era principio constante que la voluntad, aunque fuese coacta ó careciese de espontaneidad, era voluntad por el rigor de derecho; pero la equidad dicta se rescindan los contratos hechos por miedo; de aqui, pues, nacia la escepcion *Quod metus causa*. Del mismo modo, por rigor de derecho el hijo de familia debe quedar obligado por el mutuo, y por cualquier contrato que celebre; pero la equidad en favor de los padres quitan la fuerza á esta accion, mediante la escepcion del senado consulto Macedoniano. Tampoco se llamaban escepciones, hablando con propiedad, aquellas que alegadas hacen ver que no hay accion, á lo que llaman quitar la accion *ipso jure*; v. gr., la paga, la compensacion: á estas llamaban escepciones *facti*, y á aquellas en que era necesario alegar la escepcion para elidir la accion decian escepciones *juris*. Mas ahora por nuestro derecho llamamos escepcion á todas aquellas defensas que propone el reo, y que justamente impiden que produzca su efecto la accion intentada contra él.

miedo grave (1). Las segundas son las que solamente suspenden el efecto de la accion, ó la difieren hasta otro tiempo: tales son las que se dirigen, ó á la persona del juez, diciendo que es sospechoso, ó incompetente, ó à la persona que demanda por no ser legítima para comparecer en juicio, ó al mismo negocio, como si pide el actor antes de haber llegado el plazo (2).

1266. Tambien se dividen las escepciones en reales y personales. Reales son las que aprovechan á los herederos y sucesores, y de esta naturaleza son casi todas; pero hay otras que solo competen, á una persona por fundarse en algun privilegio personal, y por eso se llaman personales, y espiran con la persona; v. g., la escepcion de beneficio de competencia (*).

1267. Por lo que hace al tiempo en que se han de proponer las escepciones y tèrmino que se concede para probarlas, hay diferencia entre las dilatorias y perentorias. Las dilatorias se deben oponer antes de la contestacion del pleito, ó por mejor decir, oponièndolas no se contesta el pleito. Para oponerlas y justificarlas concede el derecho al reo el tèrmino de nueve dias contínuos, contados desde el de la citacion, y pasados no se deben admitir en calidad de tales, ni por via de restitucion del privilegiado á quien competa, si no es que de su inadmision se le irrogue grave detrimento, ó que haya tenido justa causa para no comparecer, pues entonces precediendo el conocimiento de ella pueden ser admitidas (3).

1268. Mas para alegar y oponer las perentorias le concede la ley otros veinte dias, contados desde que se concluyan los nueve referidos, en que ha de alegar y probar las dilatorias y contestar el pleito ; y despues de ellos, segun al-

(1) Dicha ley 7. tit. 3. Part. 3.

(2) L. 9. tit. 3. Part. 3.

(*) En algunos casos este pasa á los hijos (L. 32 tit. 11 Part. 4.)

(3) L. 1. tit. 5. lib. 4. Rec., y Gregorio Lopez en la ley 9. tit. 3. Part. 3. glosando las palabras *non debe ser oido*, glos, 5.

gunos autores, no debe admitirlas el juez, escepto que no se opongan de malicia, juràndolo el reo asi, y que hasta entonces no habian llegado á su noticia (1). Pero otros, atendiendo â que nuestras leyes quieren que en la decision de las causas solo se debe atender à la verdad (2), defienden que se han de admitir las escepciones perentorias que opusiere el reo despues de dichos veinte dias, aunque no alegue causa alguna para haberlas ignorado hasta entonces, y que en este caso debe ser condenado en las costas del proceso actuado durante su retardacion (3).

1269. En el caso de haberse ya opuesto alguna ó algunas escepciones dentro del competente tèrmino, ninguna nueva se debe alegar despues de hecha publicacion de probanzas, porque seria necesario que el pleito se recibiese nuevamente á prueba sobre ella, si no es que el que la opone pueda justificarla por escritura pùblica, ò confesion de la parte contraria. (4).

1270. No milita lo dicho para con los que gozan del beneficio de restitucion *in integrum*, porque estos la pueden intentar para oponer y probar escepciones nuevas en primera instancia, y se les debe conceder una vez solamente, pidiéndola antes de la conclusion para definitiva; y en otros términos no se les ha de otorgar, sin que primero se obliguen á pagar la pena que el juez les imponga en caso de no justificarlas (5).

---

(1) L. 1. tit. 5 lib. 4. Rec.
(2) L. 10 tit. 17 lib. 4. Rec.
(3) Véase dicha ley 1. tit. 5. lib. 4. Rec.
(4) L. 5. al fin, tit. 5. lib. 4. Rec.
(5) Ll. 5. y 6. tit. 5. lib. 4. Rec.

TÍTULO XIV.

DE LAS REPLICACIONES.

1271. Asi como el reo intenta elidir la demanda del actor mediante alguna escepcion, de la misma suerte el actor procura destruir la escepcion alegada por el reo á lo que llaman *replicacion*, y este responde tambien á ella con la duplicacion. Mas alegatos no permite nuestro derecho, sino que habiendo llegado à la duplicacion, que es decir, estando la causa en cuarto escrito, se da el pleito por concluido en esta parte, y se manda recibir à prueba (1).

1272. Para la replicacion se conceden al actor seis dias, y otros tantos al reo para impugnarla (2).

TÍTULO XV.

DE LOS INTERDICTOS.

1273. Aunque en los títulos precedentes se han esplicado todas las acciones, asi reales como personales, se omitieron los interdictos porque esta clase de acciones propiamente no nacen ni del derecho á la cosa ni en la cosa, sino de la posesion. Ahora, pues, se tratará de ellos en el lugar que los pone Justiniano.

1274. Los interdictos son unas acciones estraordinarias con las cuales se entabla un juicio breve y sumario para discutir algun punto perteneciente á posesion.

1275. Hemos dicho que por medio de los interdictos se litiga sobre posesion, mas no de la posesion llamada *natural*, por la que se tiene solamente la nuda detencion de la cosa, como la que se verifica en el conductor ó depositario, si-

(1) Ll. 2. tit. 5., y 9. tit. 6. lib. 4. Rec,
(2) Dicha ley 2.

no de la *civil*, que es una detencion de la cosa con ânimo ò intencion de adquirirla, como la que tiene aquel que ha adquirido la cosa con justo título; v. gr., compra, donacion ó legado, ó por otros títulos hábiles para transferir el dominio. Esta es la que se debe llamar verdadera posesion, y la que es digna de litigarse. Es verdad que ella por sí sola no da un derecho real y perpetuo, sino solamente momentáneo, y que dura hasta tanto que por sentencia sea despojado el poseedor; mas con todo es proloquio recibido en derecho : *bien aventurado el que posee* (†). Y en realidad no carece de razon, porque son grandes las ventajas de un poseedor. En primer lugar, siéndolo de buena fé hace suyos los frutos industriales consumidos : retiene la cosa hasta que por sentencia del juez se le mande volver, lo cual es de increible utilidad por ser los pleitos regularmente eternos: los poseedores se defienden de propia autoridad contra el que los quiere espeler por fuerza de su posesion, siendo regla general que la venganza privada está prohibida, y que ninguno puede hacerse justicia por su mano. Finalmente, en caso igual es mejor la condicion del que posee, y habiendo duda se debe pronunciar sentencia à favor de él.

1276. Tantos son los emolumentos de la posesion: en esta virtud, pues, se estableció que para evitar dilaciones y decidir estas causas con brevedad, el que pretendia tener derecho sobre posesion, aunque momentanea, propusiera desde luego su accion ante el juez. Se han llamado estraordinarias, porque mediante ellas se decide la disputa con brevedad, sin observar todos los trâmites de los juicios ordinarios, y sin admitir apelacion, ó si se debe admitir es solo en el efecto devolutivo, y no en el suspensivo. Es verdad que algunas causas de posesion se siguen al modo de juicio ordinario ; mas estas se llaman plenarias, y sumarias á las que se dirijen à adquirir de pronto, retener ó recobrar la

---

(†) L. 27 tit. 2. Part. 3.

posesion; y estas acciones son las que con nombre de interdictos tratamos en este título (a).

1277. Se dividen los interdictos primeramente en prohibitorios, restitutorios y exhibitorios. Los primeros, segun nuestro derecho, son aquellos por los cuales pretendemos se prohiba á otro hacer alguna cosa que perjudica ò daña la posesion del pùblico, ó la nuestra, ó que se guarde la prohibicion ya establecida. Tal es el interdicto que se llama *denuncia de nueva obra;* v. gr., si uno quisiese edificar obra nueva en la plaza, calle ó egido comun; en cuyo caso tiene accion para denunciarla cualquiera del pueblo, á escepcion de los menores de catorce años y mugeres, que solo pueden hacer la denuncia cuando la obra cede en perjuicio de ellos mismos (1). Tiene tambien esta accion todo aquel que recibe daño de alguna obra nueva, y la pueden intentar sus hijos, sus siervos y sus personeros ò mayordomos, y los curadores à nombre de los huèrfanos (2).

1278. Los interdictos restitutorios son aquellos por los cuales se manda que alguno sea restituido á la posesion de que fuè despojado. Tal es la accion que se concede à aquel que por fuerza ha sido echado de la cosa raiz que poseìa, el cual debe ser prontamente restituido por el juez à su posesion, y el forzador condenado, no solo á volver los frutos que llevò, sino tambien á perder la cosa raiz, aun cuando tuviese derecho á ella (3). Finalmente, los

(a) Las leyes romanas llamaban interdictos á unas fórmulas ó concepciones de palabras de que usaban los pretores cuando mandaban ô prohibian algo en las causas de posesion. Como estas eran privilegiadas, y no se permitia que fuesen interminables, presentándose alguno á pleitear sobre posesion, no hacia el pretor mas que llamar al contrario, oir à ambos litigantes, y sin forma de juicio decidir la causa mandando ó prohibiendo, y con una breve formula; v. gr., *uti posidetis ita posedeatis;* decidia de pronto quien debia poseer la cosa litigiosa mientras tanto que no se probaba el derecho de la parte contraria.

(1) L. 3. tit. 32 Part. 3.

(2) L. 1. tit. 23 Part. 3.

(3) L. 10 tit. 10 Part. 7.

exhibitorios se verifican cuando el juez manda á alguno mostrar alguna cosa en juicio, como en los ejemplos que pusimos en la accion *ad exhibendum*.

1279. Otra division de los interdictos es, que unos son sencillos y otros dobles. Sencillos se dicen cuando uno solo de los litigantes puede ser actor, y el otro reo solamente; v. gr., en el interdicto de la espulsion por fuerza, siempre el arrojado es actor, y el forzador es reo. Dobles son cuando uno y otro de los litigantes pueden ser actor y reo. Tales son aquellos en que es dudosa la posesion, pues entonces uno y otro puede presentarse en juicio, y será tenido por actor el que haya provocado primeramente; y si ambos provocaron á un tiempo, el que eligiere la suerte.

1280. La principal division de los interdictos es que unos son para *conseguir* la posesion, es decir, que por medio de estas acciones pedimos una posesion que aun no hemos tenido: otros son para *retener* ò conservar la que gozamos actualmente; y otros para *recobrarla* en el caso de haberla perdido. Del primero, aunque puede haber varios casos, el mas famoso es el que se concede á favor de los hijos ù otros parientes que tengan derecho á heredar al difunto por testamento ó abintestato, los que deben ser puestos en posesion pacífica de los bienes hereditarios, condenando á los que se hayan atrevido à entrar ó tomar la posesion de dichos bienes, á tìtulo de que se halla vacante, à la pena de perder por el mismo hecho todo el derecho que en ellos tenian, si alguno alegaren tener; y si ninguno tuvieren, á que restituyan los bienes que tomaron con otros tales y tan buenos, ò la estimacion de ellos procediendose en todo sumariamente y sin figura de juicio, pero sí con plena prueba (1).

1281. La segunda clase de interdictos es la *de retener* la posesion, y de estos hay dos: el uno para las cosas raices y el otro para las muebles (2). Uno y otro se concede á aquel

(1) L. 3. tit. 13. lib. 4. Rec.

(2) Al primero llamaban los romanos *uti posidetis*, y al segundo *utrubi*.

que al tiempo de la contestacion del pleito posee la cosa, pero no con posesion precaria ni violenta ú ocultamente, contra el que le perturba ó molesta, à efecto de que cese de perturbarle, dé caucion de no hacerlo en lo sucesivo, y pague al perjudicado los daños é intereses.

1282. Compete, pues, esta especie de interdictos no solo al que tiene posesion civil y natural, sino al que tiene solamente la civil, que es el que propiamente se llama poseedor, pues el que goza de sola la natural se dice que está en posesion, mas no que es suya; aunque no hay duda que tambien basta tener este interdicto, no siendo viciosa.

1283. Se usa de alguno de los dos interdictos esplicados cuando dos han de litigar sobre la propiedad de alguna cosa, y pretende cada uno de ellos que la posee, porque la discusion de este punto debe preceder al juicio petitorio ó sobre propiedad, el cual no puede instruirse sin que haya un cierto poseedor à quien debe reconvenir el actor. Y como la posesion es tan preciosa, que segun dijimos vence quien la tiene, aunque no muestre derecho alguno, si el actor no probare su intencion, de ahì es que es necesario se decida antes de todo la posesion interina (1).

1284. El interdicto de recuperar la posesion es uno solo. Este ya le insinuamos al esplicar los restitutorios. Se concede al que es echado por fuerza de la cosa raiz que poseia, con la pena de perder el forzador cualquier derecho que en ella tuviese, debiendo restituirla al forzado con todos los frutos que de ella sacó. Y si despues de hecha la fuerza se perdiò ó empeorò, todo el peligro y daño es del forzador, quien deberá pagar la estimacion. Si el forzador fuese padre ó patrono del forzado, ò menor de catorce años, no caerá en la pena, pero deberá restituir la cosa (2). Compete este interdicto contra el que quitó la posesion, aunque sea juez: de suerte que si algun alcalde ú otro

(1) Véase otro ejemplo de este interdicto en la ley 2. tit. 14. Part. 6.

(2) L. 10. tit. 10. Part. 7.

juez despojare á alguno de la posesion de sus bienes, sin haber sido llamado, oido y vencido, le deben ser restituidos dentro de tres dias (1). Lo dicho se estiende al caso de que se presente cédula del Rey, en que mande dar á otro la posesion que uno tiene, pues habiéndose despachado sin audiencia del reo, debe ser obedecida y no cumplida (2).

1285. Mas desde que el derecho canónico estableció la accion llamada *de despojo*, es de menos uso el interdicto esplicado (3). Lo que tiene de mas ùtil la accion canónica es que el interdicto es accion personal ; y asi solo compete contra el forzador, y la accion de despojo es real; y asi se da contra cualquier poseedor. De suerte que segun el derecho canónico, la posesion es una especie de derecho en la cosa. En el interdicto podria tal vez admitirse alguna escepcion; mas con la accion de despojo cesa toda escepcion, sea la que fuere. De aquí nace aquella regla de derecho canònico *Spoliatus ante omnia restituendus*.

(1) L. 2. tit. 13. lib. 4. Rec.
(2) L. 2. del mismo tit. 13.
(3) C. 18. de *restitutione spoliatorum*.

TÍTULO XVI.

DE LA PENA DE LOS TEMERARIOS LITIGANTES.

1286. Por pena no se entiende en este tìtulo un castigo que se impone por algun delito, sino unos medios que ha adoptado el derecho para reprimir la temeridad, asi del actor como del reo, que suelen suscitar ò defender pleitos injustos.

1287. En este sentido, pues, la primera pena establecida contra los temerarios litigantes, ò el primer modo de reprimir su temeridad, es el juramento llamado de calumnia ó de credulidad. Este no es otra cosa que un juramento que deben hacer actor y reo al principio del pleito ó despues, en todas las causas, asi civiles como criminales. En las primeras afirmando el actor que mueve el pleito porque cree que tiene justicia, y que asì lo proseguirá de buena fé sin procurar dilatarle, cometer fraude, molestar ni calumniar al reo; y en las criminales que no le acusa por odio, ni le intenta acriminar falsamente. El reo debe asegurar que las escepciones y defensas de que usa son justas en los mismos tèrminos.

1288. Este juramento se manda hacer por el juez á ambos litigantes despues de contestado el pleito, en caso que lo pidan el uno al otro (1). Mas sino le piden, por su defecto no se anula el proceso, por lo que rara vez se hace con la especialidad referida, y se estima hecho con aquellas palabras que comunmente se ponen al fin de los escritos de demanda, *juro lo necesario &c.* Segun esto, podemos decir que el juramento de calumnia es de dos maneras: especial y general. Especial es el que se pide espresamente por alguno de los litigantes al otro acerca de los puntos que hemos dicho antes, y que se reducen á cinco. 1.° Que cree tener justicia. 2.° Que cuantas veces sea preguntado dirá

(1) LL. 8. tit. 10. y 23. tit. 11. Part. 3.

ingenuamente la verdad sobre el particular. 3.º Que no usarà de falsas pruebas ni escepciones fraudulentas. 4.º Que no pedirá dilaciones maliciosas en perjuicio de la otra parte. 5.º Que á ninguno ha dado ni prometido, dará ni prometerá cosa alguna por lograr el buen éxito del pleito, sino lo que las leyes permiten dar (1). General se llama esa espresion de juramento que se añade en todos los pedimentos, y que tácitamente contiene los puntos dichos, por lo que tambien se confunde con el llamado de malicia (a).

1289. Deben hacer este las principales personas del pleito, como son el actor y reo, y sus abogados, entendiéndose siempre que el contrario lo pida, mas no los procuradores (2). Fuera de este caso estan obligados los abogados al comenzar à ejercer su oficio cada año, y siempre que al juez parezca, á jurar que usarán del que toman bien y fielmente, que no defenderàn causas en que conozcan que

(1) Dicha ley 23.

(a) Para que mejor se entienda lo dicho es menester notar que hay tres clases de juramentos judiciales; ā saber: el de calumnia, el de malicia, y el de decir verdad. El primero ya lo hemos esplicado. El de malicia es el que se hace no sobre toda la causa, sino sobre algunos artículos ó escepciones, antes ó despues de contestada la demanda, y siempre que se presume que el colitigante propone maliciosamente la escepcion, ó pide la dilacion. Este juramento, que se acostumbra poner en todas las demandas, está deducido de la ley 23. tit. 11. Part. 3. v. *La quinta*, y es una parte del de calumnia; pero segun los autores se diferencia de èl, lo primero en que éste se puede pedir antes y despues de contestado el pleito, y el de calumnia solo despues. Lo segundo en que el de malicia se puede pedir tantas cuantas veces se presume que el colitigante propone maliciosamente alguna escepcion, ó pide la dilacion; y el de calumnia solo una vez se debe pedir y hacer por una persona, en una instancia y sobre toda ella. Y lo tercero en que el de calumnia se pide y hace sobre toda la causa ó negocio que se controvierte; y aquel sobre escepciones ó artículos particulares y dilaciones. Febrero tom. 4. pág. 59. núm. 27.

El juramento de decir verdad es el que hacen en juicio no solo los litigantes cuando juran posiciones, sino tambien los testigos y peritos que declaran en èl: los testigos sobre lo que saben y no sobre lo que creen, á diferencia del juramento de calumnia, que es al contrario, porque recae sobre la credulidad, y no sobre la ciencia de lo que se pregunta.

(2) L. 23. tit. 11. Part. 3.

sus partes no tienen justicia, y que si hubieren comenzado à abogar en algunos pleitos injustos, en cualquier estado de ellos que lo conozcan los abandonarán: que lo harán saber asi à los interesados, aconsejándoles que se dejen de semejantes pleitos, y que verán y se impondrán en los autos originales antes de firmar las relaciones de ellos (1). Mas en el dia solo está en práctica el hacer este juramento al ingreso de su oficio, y en el caso de pedirlo las partes.

1290. Si el actor se resistiere á hacer el juramento de calumnia debe ser absuelto el reo, y si este le rehusare debe ser condenado como si hubiera sido convencido, porque de esta resistencia se infiere que se mueven á intentar el pleito, ò á escepcionarse con mala fè (2).

1291. El segundo medio de reprimir la temeridad de los litigantes es imponerles pena pecuniaria (a), la que en el dia està reducida á que el temerario litigante, es decir, el que no tuvo justa causa para litigar, debe ser condenado en las costas que causò á su contrario, pidiéndolas este (b). Se juzga no tenerla cuando la demanda es inepta ò claramente injusta, ó el actor no la probó, ó el reo sus escepciones, ò puso alguna maliciosamente (3). Pero no debe pagarlas si tuvo justa causa para litigar, ni cuando probó su intencion, à lo menos con dos testigos, ni cuando al prin-

(1) LL. 2. y 3. tit. 16. lib. 2. Rec.

(2) L. 23. tit. 11. Part. 3.

(a) Esta pena pecuniaria antiguamente era de tres modos. Primero: creciendo ó duplicándose el valor del pleito contra el que reconvenido negaba la deuda, como en los legados piadosos. Segundo: llamando á juicio á alguno sin venia, siendo de aquellos que tenian obligacion de pedirla. Y el tercero, que es el que solamente está en práctica, es la condenacion de costas.

(b) Es digno de notarse que la ley 8. tit. 22. Part. 3., que hace mencion de daños y perjuicios que pueden ser irrogados á un litigante por la temeridad ó malicia de su contrario, no manda sea condenado en ellos, sino solo en las costas del pleito, aunque parece muy justo que siendo los perjuicios de consideracion, y probàndolos el agraviado ante el juez, le deberá condenar á resarcirlos.

(3) LL. 30. tit. 2. y 8. tit. 22. Part. 3.

cipio del pleito hizo el juramento de calumnia. (1). Mas como esta disposicion está fundada en presuncion de que el que juró diria verdad, de ahí es que faltando esta, como si constase de la temeridad ò calumnia del litigante, debe ser condenado en las costas no obstante el juramento (2).

1292. En las causas criminales, procediendo el actor de malicia por calumniar al reo, no solo debe ser condenado en las costas, y en los daños y perjuicios causados al injuriado por su injusta acusacion, sino que tambien se le debe imponer la pena que correspondia al delito de que acusó al otro (3): y si el reo se defendiere con escepciones dolosas é injustas, ò de otros modos ilegales, como si cohechase al acusador ó de otra suerte, queda infame, y será condenado en las penas que merezca su delito (4).

1293. La infamia, pues, es el último medio de reprimir la temeridad de los litigantes, la que no solo se irroga en el caso esplicado, sino tambien cuando alguno es condenado por dolo cometido en cualquiera de los cuatro contratos famosos de tutela, depósito, sociedad y mandato; y por todo verdadero delito, à escepcion de los casos de la ley Aquilia, por faltar regularmente el dolo en ellos (5).

---

(1) Dicha ley 8. del mismo tit. y Part.

(2) Asì Gregorio Lopez en la glosa 2 de esta ley.

(3) LL. 5. y 27. tit. 1. Part. 7.

(4) L. 5. tit. 6. Part. 7.

(5) Dicha ley 5. tit. y Part.

TÍTULO XVII.

DEL OFICIO DEL JUEZ.

1294. Juez llamamos à una persona pública, constituida por legìtima autoridad con jurisdiccion para ejercer justicia, dando á cada uno de los litigantes lo que le corresponde conforme á derecho y al resultado del proceso (1).

1295. El juez puede ser eclesiástico, ó secular. Eclesiástico es el que ejerce la jurisdiccion eclesiástica, ó para causas puramente espirituales, ò anexas, ò en personas del fuero eclesiástico; y juez secular es el que ejerce la jurisdiccion real, y en causas profanas, del que aquí se trata. La jurisdiccion, que es propiamente la que constituye al juez, no es otra cosa que *una potestad de conocer y sentenciar en causas civiles y criminales, concedida por pública autoridad* (†). Se dice que compete por pública autoridad, porque toda jurisdiccion ó es ô dimana del monarca por título legítimo, sin que pueda tener orígen de particulares (2). La jurisdiccion en general se divide en suprema, à que llaman sumo imperio, y en jurisdiccion absolutamente dicha. El sumo imperio ó suprema jurisdiccion es la que únicamente reside en el Emperador, Rey ó Principe soberano, que no reconoce superior en lo temporal; v. gr., el Rey de España en todos los dominios de la Peninsula (3); y jurisdiccion solamente aquella que es concedida por el dueño de la suprema para el conocimiento y decision de cualesquiera especies de causas civiles y criminales.

1296. A toda jurisdiccion verdadera está anexa la potestad de hacer cumplir las sentencias que se pronuncien, y à esto se llama *imperio ó potestad armada*. Este imperio es,

---

(1) L. 1. tit. 4. Part. 3.
(†) Véase la ley 18. tit. 4. P. 3.
(2) LL. 1. y 2. tit. 1. lib. 4., y 1. tit. 3. lib. 3. R.
(3) Dicha ley 1. tit. 1. lib. 4. R.

ó *mero*, ó *misto:* imperio mero es la facultad y poder para hacer justicia castigando á los delincuentes con muerte, azotes, destierro &c. (1), á lo que tambien llaman jurisdiccion criminal. Misto imperio es la potestad de conocer y terminar los pleitos civiles haciendo ejecutar la sentencia; y esta tienen todos aquellos á quienes compete la jurisdiccion civil, la que sin este imperio seria ilusoria, no pudiendo hacer efectiva la sentencia dada, por medio de ejecucion, multa, exaccion de prenda, cárcel ú otros semejantes.

1297. La jurisdiccion se divide de varios modos: una hay que se dice voluntaria, y otra contenciosa. La 1.ª es la que se ejerce en algunos casos en que no hay parte contraria á quien citar; v. gr., en la manumision de un siervo. La contenciosa, por el contrario, es aquella que no se puede ejercer sin citar y oir à la otra parte; v. gr., cuando se intenta una accion en juicio contra otro.

1298. Se divide tambien la jurisdiccion en ordinaria, delegada y prorogada. Ordinaria es la que se ejerce en virtud del oficio á que le está concedida por derecho. Tal es la que ejercen los jueces superiores del Real Consejo, Chancillerías y Audiencias Reales, y sus inferiores, como los corregidores, alcaldes mayores y ordinarios (2). Delegada es aquella que se concede por juez mayor ordinario á menor ó á persona particular, para que administre justicia en algun negocio especial en que no tenia poder el delegado (3); y prorogada es aquella que se concede por las partes á un juez estraño é incompetente, que por tanto no tiene mando en el que se la da, ni en sus cosas, por cuya accion se hace su subdito, siendo prorogable la jurisdiccion. Por falta de esta condicion no puede un clérigo someterse á un juez real, ni un secular al eclesiàstico (4). La proro-

(1) L. 18. tit. 4. P. 3.
(2) L. 1. tit. 4. P. 3.
(3) Dicha ley al fin.
(4) L. 13. tit. 1. lib. 4. R.

gacion puede ser espresa ò tácita: espresa es cuando las partes se convienen espresamente en que un juez que para las dos ò para alguna de ellas no era compètente, conozca de su pleito y le sentencie; y tàcita es la que se hace por algun hecho que manifiesta la voluntad de prorogar; como si el reo contestare el pleito ante un juez incompetente sin objetar la incompetencia (1). Puede prorogarse la jurisdiccion de persona á persona, ó de causa á causa; pero parece mas probable que no se podrá de lugar á lugar, ni de tiempo á tiempo, porque el juez fuera de su lugar ò de su tiempo ya no es mas que un particular, â quien por no tener jurisdiccion alguna no se le puede prorogar.

1299. Finalmente; toda jurisdiccion, como indicamos desde el principio, se divide en eclesiastica y secular. Eclesiástica es la que dimana del Sumo Pontìfice; y secular la que procede del Emperador, Rey ó Príncipe, que no reconoce superior en lo temporal. Ambas jurisdicciones tienen su diferente fuero para conocer privativamente de las causas que le pertenecen, y cuando son de ambas se llaman de misto fuero. Al del eclesiâstico, segun ya dijimos, tocan las espirituales y anexas á ellas, aunque sea entre seculares; y las de clérigos seculares y regulares como á sus súbditos (†). Al fuero secular pertenece el conocimiento de las causas temporales y profanas, aunque sea entre eclesiásticos; y de misto fuero son aquellas en que pueden conocer por prevencion el juez eclesiastico y secular, siendo regla general que el actor debe seguir el fuero del reo.

1300. Por lo que hace al oficio, ú obligaciones anexas al oficio del juez, la primera es juzgar y decidir los pleitos con arreglo á las leyes y costumbres del reino, provincia ò lugar en donde ejerce jurisdiccion (2). La 2.ª observar el òrden de proceder en los juicios que se halla establecido

(1) LL. 32. tit. 2. P. 3., y 20. tit. 4. P. 3.

(†) Vease la nota al §. 1116.

(2) L. 7. tit. 9. lib. 3. del Fuero Real.

por derecho, y sentenciar conforme á lo alegado y probado por las partes (1). 3.ª Se les prohibe rigorosamente recibir por sí ni por otros cualquiera especie de dones y regalos de las personas que ante ellos tuvieren pleito, ó hubieren de venir à ser juzgados; lo cual, entre otras cosas, deben jurar en su ingreso al oficio (2). Mas esto no impide que lleven los derechos que les corresponde, y que las mismas leyes les asignan (3). 4.ª No pueden contraer matrimonio en el lugar de su residencia, ni amistades estrechas con los vecinos, ni tampoco negociar ó ser comerciantes. 5.ª Siendo legos deben juzgar con parecer de asesor; y no serán responsables á las resultas de las sentencias que dieren con su acuerdo y parecer (4). 6.º Dada la sentencia, y declarada por pasada en autoridad de cosa juzgada, debe hacerla ejecutar; pero con esta distincion, que si condena al reo á pagar alguna cantidad en dinero, le debe dar diez dias de tèrmino para que la entregue, y siendo otra cosa dentro de tres dias, ya sea mueble ò raiz (5).

1301. Otras muchas son las obligaciones de los jueces, que seria dificil referir aquí. Véanse en las leyes del título 4.º, Part. 3.ª, tít. 9.º, lib. 3.º de la Rec. (a).

---

(1) L. 10. tit. 17. lib. 4. R.
(2) L. 5. tit. 9. lib. 3. R.
(3) Ley única, tit. 10. lib. 3. Rec.
(4) Real cédula de 22 de Setiembre de 1793.
(5) LL. 3 y 6. tit. 17 lib. 4 de la Rec., y la 5. tit. 27 Part. 3.
(a) Tambien distinguen el oficio del juez en noble y mercenario. Por el primero puede decretar aun lo que no le es pedido por las partes; y por el segundo solo lo que le suplican conforme á derecho.

TÍTULO XVIII.

DE LOS DELITOS PUBLICOS.

1302. Dijimos en el principio de este libro que todos los delitos ò eran privados ó públicos; siendo los primeros aquellos en que inmediatamente eran ofendidos los particulares; y los segundos los que directamente perturbaban la seguridad y tranquilidad de la República. Entre los juicios de unos y otros hay varias diferencias. 1.ª En los delitos privados el que intenta la accion se llama actor, y en los públicos acusador. 2.ª En los primeros intenta la accion aquel á quien interesa para satisfaccion de su daño particular; y en los segundos para escarmiento y satisfaccion del pùblico. De estos delitos unos hay que se llaman capitales, y otros no capitales, atendiendo à la pena que merecen. Capitales son aquellos por los cuales se priva al delincuente de la vida natural ó civil; v. gr., à muerte de horca, ò á destierro perpetuo. No capitales se llaman los que tienen impuestas penas menores que la muerte natural ò civil, como azotes, infamia &c.

1303. El primer delito público es el llamado en general delito *de lesa-magestad* y traicion, y de este modo comprende cualesquiera atentados contra la persona ô dignidad del monarca, ó contra la Repùblica, y se puede dividir en crímen de perduelion y de lesa-magestad en especie. El primero se comete intentando matar ó herir al Rey; ó alzarse con el reino, ò entregarle á sus enemigos. El segundo no indica precisamente un ánimo enemìgo del Rey ò de la República, pero sí comprende cualesquiera hechos ó dichos en detrimento de los derechos del Príncipe, ò de su estimacion y dignidad (1).

---

(1) Véase la ley 1. tit. 2. Part. 7., que pone catorce ejemplos de delitos de esta clase, de los cuales los cuatro primeros son propiamente *perduelion*, y los demas delitos de lesa-magestad; ley 1. tit. 18 lib. 8. Rec.

1304. Las penas impuestas al delito de perduelion, llamado tambien traicion, son dar al delincuente la muerte mas cruel é ignominiosa que se encuentre, y confiscarle todos los bienes para la cámara del Rey, sacando la dote de su muger y las deudas anteriores al delito: debe ser derribada y asolada su casa y sus heredades para escarmiento de tan atroz delito: todos sus hijos varones deben ser infames para siempre, de modo que no pueden tener oficio honroso, ni de dignidad, ni heredar ò adquirir legado de pariente ò de otro estraño; pero á las hijas se concede el que puedan heredar la cuarta parte de los bienes de sus madres (1). La acusacion de este delito puede comenzarse despues de la muerte del reo, y si su heredero no le puede defender queda asimismo infamada la memoria del reo, y confiscados sus bienes (2).

1305. Casi las mismas penas estan impuestas â los delitos de lesa-magestad, con la diferencia que en estos la pena es de muerte ordinaria: no se comienza la acusacion despues de la muerte del reo, ni se arruina su casa, y algunos opinan que no quedaràn infamados los hijos del delincuente (3). Alcanzan las penas no solo á los que cometen el delito, sino tambien à los que cooperan, y aun à los que le saben y no le descubren (4). Pueden ser acusadores cualesquiera hombres ò mugeres, de buena ò mala fama, aun aquellos que no lo pueden ser en otras causas, por lo mucho que importa á la República se facilite el modo de descubrir y castigar estos delitos (5).

1306. Los delitos contra la castidad tienen lugar entre los pùblicos, y el primero de ellos es el adulterio, ó el co-

---

(1) LL. 2. tit. 2. Part. 7., y 6. tit. 13 Part. 2.
(2) LL. 2. tit. 18 lib. 8 de la Rec., y 3. tit. 2. Part. 7.
(3) Dicha ley 3. tit. 2. Part. 7. Acevedo en la 2. tit. 18. lib. 8. de la Rec.
(4) L. 6. tit. 13 Part. 2.
(5) L. 3. tit. 2. Part. 7.

mercio carnal con muger casada (a), sabiendo que lo es (1). La pena establecida por derecho de España es que ambos adùlteros sean entregados por el juez al marido para que los mate ó perdone á ambos, no pudiendo castigar ni perdonar á uno sin otro, á mas de ganar todos los bienes de ambos. (2). Mas no ganará la dote de la muger ni bienes de ambos el marido que de propia autoridad matare al adúltero y á la adúltera, aunque los tome en fragante delito y sea justamente hecha la muerte, pues esta concesion solo es para el caso de que los mate con autoridad de la justicia (3). La ley de Partida impone al hombre que comete adulterio con muger casada la pena de muerte, y á la muger que le cometió la de azotes, y ser encerrada en un monasterio, con perdimiento de dote y arras à favor del marido, y siendo el adulterio con huida de su casa pierde tambien los gananciales (4).

1307. Solo tiene facultàd para acusar este delito el marido, el que ó ha de acusar à ambos adùlteros, ò á ninguno (5). Se puede hacer esta acusacion delante del juez secular dentro de cinco años, contados desde el dia en que se cometió el adulterio; pero si hubiere sucedido por fuerza dentro de treinta.

1308. El incesto es otro delito contra la castidad, el cual, segun nuestro derecho, se comete teniendo uno acceso carnal con parienta suya, sea de consaguinidad ó afinidad,

---

(a) Para que se cometa adulterio, segun el derecho canónico, basta que cualquiera de los delincuentes sea casado; mas para que tengan lugar las penas que establece el civil, es necesario que la muger sea casada con otro. La razon de esta diferencia es clara, y se insinua en la ley 1. tit. 17, Part. 7.

(1) L. 1. dicho titulo y Part.

(2) LL. 1. 2. y 3. tit. 20 lib. 8. de la Rec.

(3) L. 5. tit. 20 lib. 8. Rec.

(4) L. 15 tit. 17 Part. 7.

(5) L. 2. tit. 19 lib. 8. de la Rec., que deroga á la 2. tit. 17. Part. 7. que permitia la acusacion tambien al padre, hermano y tio paterno, ó materno. L. 2. tit. 20. lib. 8. Rec.

hasta el cuarto grado de la computacion canónica, ó con comadre, ó con religiosa profesa (1). Las penas impuestas á este delito son la de muerte y confiscacion de la mitad de los bienes (a). Puede acusar en él cualquiera del pueblo dentro de los mismos cinco años que hay para acusar de adulterio. Y puede ser acusado todo hombre que le haya cometido, sino es que sea menor de catorce años, y la muger de doce, quien debe tener la misma pena que el hombre (2).

1309. El estupro se comete cuando uno corrompe á muger vírgen, ó viuda honesta, aunque no sea con fuerza (3). La pena impuesta por la ley de Partida á este delito era la confiscacion de la mitad de los bienes, siendo el reo honrado, y siendo vil la de ser azotado pùblicamente y desterrado por cinco años (4). Mas por ser estas penas tan graves no están en práctica; y así lo que regularmente se hace es obligar al desflorador à que, ó dote á la muger, ò se case con ella, añadiéndole alguna otra pena arbitraria.

1310. Por una real cédula està mandado que los reos de estupros no sean molestados con prisiones ni arrestos, dando fianza de estar á derecho, y pagar juzgado y sentenciado, y aun sino tuviere como afianzar, siquiera estar à derecho, todavia se le deje en libertad guardando la ciudad, lugar ó pueblo por càrcel, prestando caucion juratoria de presentarse siempre que le sea mandado (5).

1311. El pecado nefando ò de sodomía se castiga con pena de muerte de fuego: debe imponerse así al agente

---

(1) Ll. 1. tit. 18 Part. 7., y 7. tit. 20 lib. 8. de la Rec.

(a) La pena que impone la ley de Partida al incestuoso es la del adulterio; y como de las impuesfas á este delito solo la de muerte le puede convenir, por eso decimos absolutamente que esa le corresponde, añadiendo la de confiscacion de la mitad de los bienes que señala la ley de Rec., que es la 7. tit. 20 lib. 8.

(2) L. 3. tit. 18 Part. 7.

(3) L. 1. tit. 19 Part. 7.

(4) L. 2. del mismo titulo.

(5) Real cédula de 30 de Octubre de 1796.

como al paciente, á mas de confiscarse todos sus bienes para la cāmara (1).

1312. A los alcahuetes puede tambien acusar cualquiera del pueblo: las especies que hay de ellos, y las penas que se les imponen, se pueden ver en las leyes del título 22, Part. 7.ª, y en las del título 11, libro 8.° de la Rec., especialmente la 4.ª y 5.ª.

1313. El tercer delito pùblico es el homicidio, el que no es otra cosa que dar la muerte á un hombre, sea libre ó siervo (2). Esto se puede verificar de tres maneras, ò con dolo, es decir, con intencion directa de matar, ô en propia defensa, ô finalmente por acaso. De aquì, pues, nace la division del homicidio en doloso ó determinado, en justo y casual (3). Solo el de la primera especie es delito, y el que le comete tiene la pena de muerte de horca (4), sin que escuse el que la muerte haya sido dada en riña ó desafio (5). No solo es culpable de esta especie de homicidio el que determinadamente vá à matar ò mata à otro, sino tambien el que pone los medios para que muera. Asì, pues, deben ser castigados como homicidas: 1.° los médicos y cirujanos que no sabiendo sus artes con perfeccion causan la muerte á alguno (6). 2.° Las madres que procuran el aborto (7). 3.° El boticario ò botánico que vende bebidas, ò yerbas nocivas, sabiendo que se piden para dar muerte á alguno (8). 4.° El juez que maliciosamente dà sentencia de muerte contra el reo que no la merece. 5.° El que presta armas ò auxilio para matar. Y 6.° El que castra à otro (9).

(1) LL. 1 y 2 tit. 21. lib. 8 Rec, y 1. y 2. tit. 21 Part. 7.
(2) L. 1. tit. 8. Part. 7.
(3) Dicha ley 1. tit. y Part.
(4) LL. 4. y 10 tit. 23 lib. 8. de la Rec.
(5) L. 3. tit. 23 lib. 8. Rec.
(6) L. 6. tit. 8. Part. 7.
(7) L. 8. del citado titulo.
(8) L. 7.
(9) LL. 10, 11 y 13 del mismo tit.

1314. Este homicidio determinado comprende otras dos especies, y son el que se llama de muerte segura, y de tradicion ó alevosia. El que mata à muerte segura, es decir, de un modo que no es posible evitar la muerte, v. gr., con arcabuz ó pistola, ademas de la pena de muerte se le confisca la mitad de sus bienes (1); y el que matare á traicion, es decir, con engaños ò semejanza de amistad, tiene la pena de ser arrastrado y ahorcado, con confiscacion de todos sus bienes, la mitad para el Rey y la otra mitad para los herederos del muerto (2).

1315. El que mata por ocasion ó sin dolo ò intencion de matar, ò por exigirlo su propia defensa, aunque por lo regular no carecerá de culpa, no se le impondrá la pena ordinaria del homicido, sino otra mas moderada, atendidas las circunstancias (3).

1316. Síguese el delito del parricidio ; y aunque este significa en rigor la muerte del padre, con todo, aqui se toma mas latamente por todo homicidio cometido entre parientes cercanos; v. gr., cuando el padre mata á su hijo, ó el hijo á su padre, ó el abuelo al nieto, ò el nieto á su abuelo, ó á su bisabuelo, ó alguno de ellos á èl, ó el hermano al hermano, ò el tio á su sobrino, ó el sobrino al tio, ò el marido á su muger, ó la muger á su marido ó suegro, y la suegra â su yerno ó nuera, y el yerno á la nuera, ó el padrastro ó la madrastra á su entenado, ò este á su padrastro ó madrastra, ó el liberto à su patrono. El que comete este delito sea de la especie de muerte que fuere, tiene la pena de ser azotado públicamente; y despues encerrado en un saco de cuero, y con èl un perro, un gallo, una culebra y un mono, y despues cosiendo la boca del saco le echen al mar ó rio mas cercano del lugar donde acaeciere.

(1) L. 10 tit. 23 lib 8. Rec.

(2) Dicha ley 10 tit. 23. lib. 8. Rec.

(3) Vèanse las leyes 4., 5. y 6. tit. 8. Part. 7., y 11, 12 y 13 tit. 23 lib. 8. Rec.

La causa de castigarle de esta manera es por juzgarse el parricida como indigno del uso de todos los elementos, acompañàndosele con unos animales que son tan atrevidos como él para con sus padres (1). Esta pena no está en uso con toda la acerbidad referida, y lo que se practica es que el parricida sufra la muerte de horca, y ya muerto se le encierra en un cuero con los animales que hemos dicho, pintados por defuera. Incluido en el saco se le arroja en el rio ó laguna mas cercana, é inmediatamente se permite á algunas personas piadosas que le estraigan y le entierren en lugar sagrado.

1317. El delito de falsedad comprende muchos y diversos casos; pero todos consisten en fingir ú ocultar la verdad (2). Tales son: 1.° El escribano público que hace algun testamento, escritura ú otro instrumento falso, ó cancelase ó mudase alguno verdadero. Este tiene la pena de cortarle la mano con que la escribió, y de ser infame para siempre (3). 2.° El testigo que diere falso testimonio, ó negare la verdad sabiéndola. A este se le condena á la misma pena que debia imponerse al reo si se le probase el delito que se le imputa (4). 3.° El que falseare bulas del Papa ó cédulas, privilegios ó sellos, el cual delito tiene pena de muerte, y confiscacion de la mitad de los bienes à favor de la cámara del Rey (5). 4.° El que acuña moneda falsa de oro ó de plata, ò de otro metal, à quien se impone la pena de ser quemado, perdiendo todos sus bienes para la càmara (6).

1318. Estas son las principales especies de falsedades: otras muchas refieren las leyes, y les imponen sus correspondientes penas, que pueden verse en ellas mismas (7).

---

(1) L. 12 tit. 8. Part. 7.
(2) Principio de la ley 1. tit. 7. Part. 7.
(3) L. 6. tit. 7. Part. 7.
(4) L. 4. tit. 17 lib. 8. Rec.
(5) LL. 4. y 6. tit. 7. Part. 7. 3. tit. 17 lib. 8. Rec.
(6) LL. 9. tit. 7. Part. 7., 11 y 67 tit. 21 lib. 5., y 5. tit. 17 lib. 8.
(7) Todo el tit. 7. Part. 7. tit. 17 lib 8. Rec.

1319. A este tìtulo tambien pertenece la fuerza que no es otra cosa que una violencia que no puede resistir el que la padece (1). Se divide en pūblica ò con armas, y privada ò sin ellas. La pública es una violencia atroz, principalmente ocasionada por las armas, con la que se turba la seguridad pública. La privada es una fuerza menos grave cometida sin armas contra los privados. La pena impuesta á los que hacen la primera especie de fuerza es destierro perpetuo, y que si no tienen parientes de los ascendientes ó descendientes hasta el tercer grado, todos los bienes que tuvieren deben ser para la câmara del Rey, sacando las arras de su muger, y las deudas contraidas hasta el dia en que fue dada la sentencia. Si la fuerza fuere del segundo modo, ó sin armas tambien debe ser desterrado para siempre el forzador, pero solo se le confiscará la tercera parte de sus bienes, y si tuviere algun oficio honorífico le debe perder y quedar infame (2). La fuerza que se hace á alguna muger para pecar con ella se reduce â la pùblica, y tiene la pena de muerte (3).

1320. Otro delito pûblico es el de los sacrilegos ó ladrones de las cosas de la iglesia, y el de los que hurtan el dinero pūblico ò del fisco. Estos tienen la pena de muerte, segun dijimos en el título de los hurtos (4).

1321. El hurto de hombre vivo, seá libre ó siervo, à que llaman en derecho plagio, se castiga si es hijo-dalgo el ladron con destierro perpetuo, y si fuere de inferior calidad con pena de muerte (5).

1322. Del delito que cometen los jueces que se dejan corromper por dinero y sus penas hemos tratado en el tìtulo V. de este libro (6).

(1) L. 1. tit. 10 Part. 7.
(2) L. 8. tit. 10 Part. 7.
(3) L. 3. tit. 20 Part. 7.
(4) L. 18 tit. 14 Part. 7.
(5) L. 22 dicho tit. y Part.
(6) L. 8. tit. 1. Part. 7.

1323. El delito de los que encarecen los mantenimientos y géneros de primera necesidad se puede tambien acusar por cualesquiera del pueblo (1), por resultar manifiestamente en daño de la República, y principalmente de las personas pobres (2). Tal es el delito de los regatones, asi llamados porque tienen por oficio y manera de vivir de comprar pan, carne, trigo, harina y otros frutos de necesidad para venderlos mas caro (3). Estos se castigan con diversas penas, ya de perder los géneros, ya de destierro del lugar por el tiempo de seis meses, un año ó mas (4), ya con pena de azotes ò de multa pecuniaria (5).

(1) L. 1. tit. 14 lib. 5. de la Rec.
(2) L. 19 tit. 11 lib. 5. Rec.
(3) Dicha ley 19.
(4) Dicha ley 19, y 24 del mismo tit.
(5) Ll. 1. y 2. tit. 14 lib. 5. Rec.

FIN DE LAS INSTITUCIONES.



APENDICE

DE LOS

JUICIOS, SU ORIGEN Y RITUALIDADES.

ARTÍCULO 1.º

DE LOS JUICIOS EN GENERAL (†).

1324. Juicio es *un modo legítimo de terminar las contiendas que ocurren entre los hombres, ó de probar los delitos para castigarlos* (1). Se divide en ordinario, estraordinario y sumario. Juicio *ordinario* es en el que se procede por accion ó acusacion verdadera, guardándose el órden y solemnidades de derecho. *Estraordinario* cuando se procede sin querella ó accion intentada por parte, solo de oficio del juez. *Sumario* se llama aquel en que se procede breve y sencillamente, sin ningun aparato ni figura de juicio.

1325. Se subdivide el juicio en *civil*, *criminal y misto*: se llama civil cuando se trata principalmente de utilidad privada, y solo de aplicar interès â la parte: criminal cuando se dirige á la vindicta pública, para que se imponga á los delincuentes la pena que merezca su delito conforme á derecho; y misto cuando participa de los dos, civil y criminal.

1326. Finalmente, el juicio es ô petitorio, en que los litigantes controvierten principalmente sobre la propiedad ó do-

(†) Creo que este apéndice es demasiado diminuto para que deba consultarse en la práctica de los juicios. Para hacerle de algun modo útil seria preciso agregarle mucho mas que lo que él contiene, y por esto le dejo tal como se halla en la edicion española, arreglándole solo conforme á lo demas de la obra.

(1) Arg. de la ley 2. tit. 22 Part. 3.

minio de alguna cosa, ò posesorio, al que comunmente se llama *de tenuta*, y es el que intentan para conseguir ô retener la posesion que se les disputa, ò recuperar la que han perdido.

1327. Todo juicio requiere actor, reo y juez (1). A mas de esto se necesita tambien de escribano pùblico en lo secular, y de notario en lo eclesiástico. *Actor* es el que pretende ó alega algun derecho, y el que regularmente intenta la demanda. *Reo* es aquel á quien se pide alguna cosa, y contra el que se intenta la accion y demanda, á la cual contesta y responde, procurando defenderse. *Juez* es el que por pública autoridad conoce del pleito y le decide (2).

ARTÍCULO 2.º

ORDEN DEL JUICIO ORDINARIO.

1328. En el juicio civil ordinario, luego que el actor pone su demanda, el juez manda dar traslado de ella al reo, el cual dentro de nueve dias debe contestar, confesândola ò negándola (3). Si ha de oponer escepciones perentorias tiene otros veinte dias mas para alegarlas (4). No hallândose el reo presente, pero sí dentro de la provincia, debe responder y contestar la demanda en el término que se le señala en el despacho de emplazamiento. Si no se sabe donde está, ó se halla ultramar, ó fuera del reino ó provincia, ó de donde no se espera que vendrá tan de prôximo, y hay bienes suyos, con informacion de ello, y á pedimento de la parte, el juez nombra curador y defensor de los bienes, con el cual se sigue la causa como si se siguiera con el reo presente. Pero si el reo está para ausentarse del lugar, ò se teme que haga fuga, se da mandamiento

(1) LL. 28 tit. 23, y fin tit. 26 Part. 3.
(2) L. 10 tit. 4. Part. 3.
(3) L. 1. tit. 4. Part. 3.
(4) L. 1. tit. 5. lib. 4. Rec.

de arraigo para que dè fianza de juzgado y sentenciado y de estar á derecho con el actor por lo tocante á su demanda. De otra suerte debe ser preso hasta que la dé, y esto es lo que se llama *arraigarse* (1).

1329. No respondiendo el reo á la demanda dentro de los nueve dias, ó del término del emplazamiento, que corre desde el dia de la notificacion, le acusa el actor la rebeldia, y pide que se le señalen lós estrados por bastantes, para que con ellos se hagan los autos y le pare al reo el mismo perjuicio que si se hiciesen con êl, y que se le cobren los autos con apremio. El juez da *por acusada la rebeldìa*, y manda que *un ministro los cobre con apremio*, para proveer, porque sin los autos no lo puede hacer. Si el reo no los ha llevado, solo provee:=*Autos:* y habiéndolos visto provee auto en que señala los estrados por bastantes, en estos tèrminos:=*Por acusada la rebeldìa: recíbase esta causa á prueba por el têrmino de nueve ó de tantos dias comunes á las partes; y mediante à no haber comparecido la de N. demandado, en su ausencia y rebeldía se declaran los estrados de este juzgado por bastantes, á quienes se haràn saber los autos y diligencias que ocurran.* Despues de este auto, todo lo que se proveyere parará al reo el mismo perjuicio que si se hiciera con él; y en adelante se siguen los autos con los estrados de la audiencia del juez, haciendo á ellos las notificaciones que se habian de hacer al reo hasta pronunciar la sentencia definitiva. Si el reo quiere purgar ó reparar la mora, puede hacerlo respondiendo á la demanda aunque se haya pasado el término de nueve dias ó el del emplazamiento, mientras que el juez no ha determinado cosa alguna en su rebeldía.

1330. Habiendo respondido el reo á la demanda se da traslado de su respuesta al actor, el cual debe contestar dentro de seis dias, sino es que el reo le ponga algu-

---

(1) LL. 2. tit. 18 lib. 3 del Fuero Real, 41 tit. 2. Part. 3., 17 tit. 12 Part. 5., 7 tit. 20 lib. 2, y 3. tit. 16 lib. 5. Rec.

na reconvencion, porque entonces tiene nueve dias para responder (1). De este escrito, que se llama réplica, se da traslado al reo, el cual debe satisfacer dentro de otros seis dias presentando otro escrito, que debe ser el último, porque no se deben admitir mas de dos á cada parte. (2)

1331. En este estado se dice estar los autos conclusos, porque los litigantes han dicho y alegado ya cuanto tienen que decir y alegar. Pero como por lo regular no han probado todo lo que han dicho en sus escritos, provee el juez un auto en que manda se traigan los autos para ver si se necesita de pruebas ò no. El que se acostumbra poner en estos casos es:=*Autos con citacion.* Citadas las partes los ve, y siendo necesario (porque suele no serlo apareciendo la justicia en el proceso por instrumento, ó por otros medios, conforme à derecho) (3) provee auto de prueba, diciendo:=*Vistos: recíbese esta causa à prueba por el têrmino de nueve dias comunes á las partes.* El dicho auto se notifica à ambas, y les corre el término probatorio desde el dia de la notificacion, sin contar los dias feriados, si consumen la mayor parte de él. Si necesitan de mas tèrmino de prueba, piden las prorogaciones que han menester, antes que se les concluya el dado, y el juez va concediendo segun ve que es necesario, atendida la naturaleza de la causa, la distancia de los lugares, y la calidad de las personas, hasta ochenta dias, que es el tèrmino de la ley (4). Pero si las pruebas que se han de dar fueren de testigos que están ultramar ó fuera del reino, se puede conceder el tèrmino llamado *ultramarino* ò extraordinario, que es de seis meses (5). El decreto con que los jueces prorogan el término de prueba es poner al escrito de la parte que pide otros

(1) L. 2. tit. 5. lib. 4. Rec.
(2) LL. 2., 5. y 9. tit. 6. lib. 4. Rec.
(3) LL. 7. tit. 14 Part. 3., y 4. tit. 6. lib. 4. Rec.
(4) LL. 1. y 2. tit. 6. lib. 4. Rec.
(5) LL. 1. y 2 ya citadas.

nueve ò quince dias mas.—*Concédensele, estando dentro del tèrmino.*

1332. Recibida la causa á prueba han de tomar las partes los autos por su órden para formar sus respectivos interrogatorios, pedir se compulsen con citacion de la contraria los instrumentos y cosas que le convenga sacar, segun lo alegado y deducido, y que se comprueben los producidos antes si tienen la tacha de haber sido sacados sin la referida citacion. Y si les conviene probar algunos particulares nuevos concernientes á la accion intentada, pueden alegarlos en el mismo pedimento con que presenten el interrogatorio.

1333. Dentro del mismo término pueden las partes hacerse entre sí las preguntas de los hechos à que puedan y deban satisfacer, poniendo las tales preguntas asertivamente, que es lo que llaman *posicion.* Esta no es otra cosa que la afirmacion de algun dicho ó hecho para que á el se responda.

1334. Finalmente, los interrogatorios que se presentan para el exámen de testigos y las deposiciones de estos no se han de manifestar á la parte contraria hasta que en la publicacion y su término corra el traslado de las probanzas.

1335. Pasado el tèrmino probatorio, y habiéndose hecho probanzas, una de las partes pide que se haga publicacion de ellas. De este escrito manda el juez dar traslado á la otra parte, para que esponga si efectivamente està pasado ó nó el têrmino, ò tiene algun motivo que la impida por entonces. Si nada dice à los tres dias de notificado el traslado, debe el juez deferir à la publicacion, y hacerla saber á ambos litigantes, dándoles traslado de todas las pruebas producidas (1). El decreto que suele ponerse en este caso es:—*Hâgase publicacion de probanzas, y entrèguense los autos â las partes por su orden.*

1336. Hecha la publicacion, y notificada á las partes,

(1) L. 37 tit. 16 Part. 3.

se les han de entregar todos los autos, con los documentos y pruebas que han producido. Esta entrega se debe hacer por su òrden, esto es, primero al actor, y despues al reo, à fin de que uno y otro aleguen de bien probado, haciendo ver cada uno por su parte como probó su intencion, y el otro no probó la suya, abonar sus testigos, tachar los del contrario &c., lo que deben ejecutar dentro del tèrmino de seis dias. Del alegato que hiciere el actor se debe comunicar traslado al reo. En el caso de ponerse tachas considerables á los testigos, ó redargüirse de falsos algunos documentos, se da tambien traslado de este escrito á la otra parte, y con lo que dijere ò nó, á los tres dias, acusándosele la rebeldía, se recibe la causa à prueba en estos puntos con un término arbitrario, que no debe esceder de la mitad del probatorio concedido en la causa principal. Pasado éste, sin que se pueda conceder restitucion *in integrum* á los menores y privilegiados, se alega de bien probado, y una de las partes pide que se haya la causa por conclusa para definitiva (a). El juez da traslado de este escrito á la otra parte, y con lo que dijere ò no, à los tres dias, acusàndose la rebeldía, sino responde, ha de haber el pleito por concluso, pasa á examinar la causa, y manda citar á las partes para pronunciar sentencia.

1337. Esta no es otra cosa que *la decision que hace el juez de la causa que se ha controvertido ante él* (1). Se divide en interlocutoria y definitiva. Se llama interlocutoria la que el juez profiere en el discurso del pleito entre su prin-

---

(a) Concluir en los pleitos quiere decir que los litigantes renuncian todas las pruebas y defensas que les competen, y que nada mas tienen que justificar en ellos. La conclusion es de substancia del juicio, ya se pida õ no por las partes, segun las leyes, final tit. 6. y 1. tit. 7. lib. 4. Rec.; por lo que siendo dos solas las que litigan y concluyendo la una, se ha el pleito por concluso legítimamente, y no se debe dar traslado de la conclusion á la otra, sino únicamente hacérsele saber, para que le conste que ya está concluso.

(1) L. 1. tit. 22 Part. 3.

cipio y fin sobre algun incidente; y definitiva, que propiamente se dice sentencia, es la decision ó determinacion que con vista de todo lo alegado y justificado por los litigantes hace el juez sobre el negocio principal, imponiendo fin por la absolucion ò condenacion á la controversia que ante él suscitaron (1).

1338. Debe el juez proferir la sentencia definitiva dentro de los veinte dias siguientes al de la conclusion del pleito, estando presente las partes ò citadas al efecto, como se ha dicho. Ha de ser conforme al libelo ó demanda en la cosa pedida, en la causa porque se pide, y en la accion con que se pide. Ha de recaer sobre cosa cierta, arreglada à derecho, y no esceder de lo pedido (2). Es verdad que el juez puede remitirse á los autos cuando en ellos consta lo adeudado; pero si es cantidad ilíquida debe mandar que se liquide, aprobando la liquidacion con audiencia de las partes antes de ejecutar la sentencia.

1339. Notificada la sentencia definitiva á las partes ò á sus procuradores, si la vencida no apela dentro del término legal, puede ocurrir la vencedora al mismo juez, espresando ser pasado el tèrmino de la ley, y pidiendo declare la sentencia por pasada en autoridad de cosa juzgada, y que la lleve à pura y debida ejecucion. De este escrito se acostumbra dar traslado á la otra parte, y con lo que dijere ó nó, á la primera audiencia, siendo acusada la rebeldìa, se declara la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada, y se condena á la parte á que cumpla con ella en estos términos:—*Vistos: mediante á no haberse apelado por parte de N. de la sentencia proferida el dia tantos, por la cual se le condenò á tal cosa, y ser pasado el têrmino en que lo debió practicar, y mucho mas, se declara por consentida, y por pasada en autoridad de cosa juzgada, y se le condena â que esté y pase por su tenor sin contravenirle en manera alguna.*

---

(1) LL. 1. y 2. tit. 22 Part. 3.

(2) LL. 5. y sig. tit. 26 Part. 3., y sig. tit. 17. lib. 4. Rec.

ARTÍCULO 3.°

DE LA APELACION.

1340. Apelacion es *un recurso que se hace del juez inferior al superior, quejándose de algun agravio que se supone haber recibido en su sentencia, y pidiendo que le enmiende conforme á derecho* (1). Puede interponerse de toda sentencia definitiva, y de las interlocutorias cuando tienen fuerza de definitivas, ó causan un gravámen irreparable (2). Debe apelarse del juez inferior al superior inmediato; pero si alguno por error apelase á un juez superior que no es el inmediato, ó á un igual al que sentenció, vale la apelacion no para el efecto de que puedan estos juzgar de ella, sino para enviarla á quien pertenece, diciendo :=*Acuda esta parte adonde toque.*

1341. El término señalado para interponer la apelacion es de cinco dias, contados desde el dia en que se notificare al agraviado (3). Pero el menor, por el beneficio que goza de restitucion, puede apelar cuatro años despues de su menoría (4). Asimismo el fisco, las iglesias y concejos, valiéndose del mismo beneficio, pueden apelar en los cuatro años siguientes al término en que podia apelarse ; y habiendo lesion enorme, podrán hacerlo dentro de treinta (5). Al ausente y ocupado en servicio del Rey, ó por razon de estudios, ó dedicado al cultivo de la tierra, y al desterrado ó preso, no les corre el término de la apelacion hasta despues de la ausencia, ó removido el impedimento, pidiendo restitucion por esta causa dentro de diez dias (6).

---

(1) LL. 2 y 14 tit. 23 Part. 3., y 1. tit. 18 lib. 4. Rec.

(2) Ll. 13 tit. 23 Part. 3., y 3. tit. 18 lib. 4. Rec. Conc. Trid. ses. 24 de reform. cap. 20.

(3) L. 1. tit. 18 lib. 4. Rec.

(4) LL. 1., 2. y 3. tit. 23 Part. 3., y 8. 9. y 10 tit. 19 Part. 6.

(5) L. 10 tit. 19 Part. 6.

(6) LL. 10 y 11 tit. 23 Part 3.

1342. De la sentencia de los árbitros se ha de apelar ó pedir la reduccion dentro de diez dias, desde el en que se notificò; y en el mismo tèrmino se ha de interponer la apelacion en el fuero eclesiástico (1).

1343. Admitida la apelacion manda el juez dar al apelante testimonio claro y espresivo de la causa, y le señala plazo conveniente para presentarse y mejorar su apelacion ante el juez de la alzada; y no señalàndole, gozará del término que la ley prefine segun las distancias de los lugares (2).

1344. Traidos los autos y presentados al juez que ha de conocer de la apelacion, debe éste citar á las partes. El apelante presenta entonces un escrito espresando sus agravios contra la sentencia, y pidiendo la revocacion del atentado si se hubiere cometido. De este escrito se da traslado á la parte contraria, se replica y duplica; y con dos escritos de cada parte se concluye y recibe la causa á prueba, si se presentan escepciones nuevas, ó se reproducen las que el juez inferior despreció en primera instancia (3).

1345. Pasado el tèrmino probatorio se hace publicacion de probanzas y se concluye para definitiva: se mandan traer los autos para su determinacion citadas las partes, y estàndolo se pronuncia la sentencia, y se notifica como en la primera instancia.

ARTÍCULO 4.°

DE LA SUPLICA.

1346. Aunque no hay apelacion de los tribunales supremos, por representar estos la persona misma del Rey, se concede no obstante un recurso ánte los mismos, que se llama *sùplica*. En estos cásos la primera sentencia dada

(1) LL. 23 y 35 tit. 4 Part. 3.
(2) LL. 2. y 10 tit. 18 lib. 4. Rec.
(3) L. 4. tit. 9. lib. 4. Rec.

por las reales Audiencias se llama *vista*, y la segunda *revista* (1).

1347. No se admite suplicacion de la sentencia en vista de las Audiencias que confirme dos sentencias conformes de grado en grado, dadas por jueces inferiores. La razon es, porque de tres sentencias conformes tampoco ha lugar la apelacion (2). Pero si dos sentencias de jueces inferiores se revocan en la audiencia, ha lugar la suplicacion, aunque no lo tendrá de la sentencia, confirmatoria ò revocatoria que sobre ello se diere en revista (3).

1348. Tampoco se admite suplicacion de la sentencia de revista dada en las mismas Audiencias en pleitos comenzados ante ellas, pues la misma sentencia de revista es la suplicacion. Ni de los autos en que se declara si hace fuerza ò no el juez eclesiástico, ni de la sentencia confirmatoria de la de los jueces árbitros; pero sí de la revocatoria (4).

1349. Este recurso se debe interponer dentro de tres dias de la sentencia interlocutoria, y dentro de diez de la definitiva, contados desde la notificacion de la sentencia (5). Admitida la súplica en la Audiencia se mandan entregar los autos al suplicante, y de su espresion de agravios se da traslado á su contrario, y con la respuesta de este se concluye con dos escritos para prueba, si hay algo que deba probarse, y en adelante se procede como en la segunda instancia.

ARTÍCULO 5.°

DE LA SEGUNDA SUPLICACION.

1350. Asi se llama una instancia que se interpone por la

---

(1) LL. 17. tit. 23 Part. 3., y 2. tit. 19 lib. 4. Rec.
(2) LL. 5. tit. 17, y 2. tit. 19 lib. 4. Rec.
(3) L. 2. tit. 19 lib. 4. Rec.
(4) LL. 4. tit. 5., y 2. y 9. tit. 19, y 4. tit. 21 lib. 4. Rec.
(5) LL. 1. y 4. tit. 19 lib. 4. Rec.

parte agraviada en la sentencia de revista dada por los Concejos Reales ó Chancillerías para ante la Real persona, ò mas propiamente para una sala del Concejo llamada *de mil y quinientas.*

1351. Para que este recurso deba admitirse se requieren cuatro condiciones: 1.ª Que la sentencia de que se interpone sea la de revista. 2. Que la causa sea árdua y dificil, y tenga de estimacion tres mil doblas de oro de cabeza en los juicios sobre propiedad, y seis mil en los posesorios. 3.ª Que se interponga de sentencia definitiva, y no de interlocutoria, aunque tenga fuerza de definitiva. 4.ª Que la causa se haya empezado en el Concejo ó Audiencia por nueva demanda, y no por via de restitucion, reclamacion ni nulidad (1).

1352. Se debe interponer dentro de veinte dias de notificada la sentencia de revista, y pasado este tèrmino no se concede restitucion. El que la interponga se ha de obligar con fianzas â pagar mil y quinientas doblas si la sentencia se confirmare, las cuales se aplican por terceras partes al fisco, á los oidores que dieron la sentencia de revista, y á la parte que venciere, y debe presentarse ante la Real persona de S. M. en el término de cuarenta dias, que en la práctica se cuentan desde el en que se diò á la parte el testimonio de la admision de este grado (2).

ARTÍCULO 6.

DEL RECURSO DE INJUSTICIA NOTORIA.

1353. Se llama asi este recurso, porque el que usa de èl se queja de haberle hecho injusticia notoria el tribunal de la Real Audiencia, y pide al Concejo que la deshaga. Sobre cual sea la injusticia notoria en que se apoye el recurso de este nombre hay una grande variedad entre los letrados,

(1) LL. 1., 7. y 9. tit. 20 lib. 4. Rec.

(2) Dicha ley 1. tit. y Part.

entre los jueces y entre los autores. Algunos quieren que la iniquidad ó injusticia sea tan clara, que aparezca por sola la lectura material de los autos; v. gr., por no ser la decision conforme á la demanda, ò á lo deducido y probado por las partes, ó cuando tiene contra sí la notoria resistencia del derecho. Pero el señor Conde de la Cañada asegura haber defendido y juzgado bastantes pleitos remitidos al Concejo por recurso de injusticia notoria, y en ninguno haber hallado que la sentencia de las Chancillerías y Audiencias contuviese una determinacion clara y positiva contra las leyes y derechos espresos, ni que caducase por falta de poder, citacion, ni subversion del òrden público, habiendo sido necesario en todos internar el conocimiento en los hechos probados, y descender á lo que determinan las leyes. De donde se infiere que para tener lugar este recurso no es menester que la injusticia sea tan clara que ofenda la razon aun de los imperitos. No obstante, cuando hay alguna duda acerca de si estan probados los hechos, ó sobre lo dispuesto por las leyes para la decision, siendo esta razonable, y de algun modo fundada, no se justifica la causa del recurso, porque vence entonces la presuncion y autoridad de la sentencia de revista, y se confirma por los señores del Concejo.

1354. El conocimiento de este recurso es privativo del Concejo en la sala primera de gobierno. No tiene lugar en aquellas causas cuya determinacion pertenece al Concejo en la sala de mil y quinientas. Tampoco en las sentencias de vista mandadas ejecutar sin embargo de súplica, á no ser que la parte justifique en el Concejo haber pedido licencia para suplicar y habersele denegado; y finalmente, no se admite de autos interlocutorios que no tengan fuerza de definitivos, y causen perjuicio irreparable.

1355. Para introducir este recurso ha de preceder depósito de quinientos ducados que se hace en la depositaría de penas de câmara, donde se da certificacion, qe se pre-

senta con el recurso ó fianza abonada que ha de recibir de su cuenta el escribano ante quien se otorgue; en cuya cantidad se condena á la parte que interpone el recurso, si se confirma la sentencia. La distribucion se hace en tres partes, aplicadas como en el de mil quinientas, y el pobre da la misma caucion juratoria que en aquel.

1356. La fórmula de este recurso es presentar pedimento haciendo relacion de los puntos en que consiste la injusticia notoria: se concluye pidiendo que el Consejo se sirva librar provision para la remision de autos por compulsa, con citacion de las partes; y que en su vista se declare que la sentencia de revista contiene injusticia notoria (1).

ARTÍCULO 7.°

DE LOS RECURSOS DE FUERZA.

1357. Se llaman asì, porque por medio de ellos la parte que se siente agraviada de algun juez eclesiástico, recurre á los tribunales supremos, como representantes del Rey, implorando su favor y defensa (2). De tres modos puede causarse fuerza por los jueces eclesiásticos. El 1.° es *el conocer y proceder*, que es cuando toma conocimiento en una causa estraña de su jurisdiccion. En este caso usan los tribunales que conocen del recurso del auto que llaman de *legos;* este se espide à fin de que el juez eclesiâstico no conozca ni proceda ā la determinacion de aquella causa, mandando se le remitan los autos, que se dan por de ningun valor.

1358. El 2.° es *en el modo de conocer y proceder*, y tiene lugar cuando siendo la causa perteneciente á la jurisdiccion eclesiástica, no observa en la sustanciacion el órden y método prescrito en el derecho.

1359. El 3.° es el que se llama *de no otorgar ó no de-*

(1) Aut. Acordado 6., 7. 10 y sig.

(2) LL. 2. tit. 6. lib. 1., y 36 tit. 5. lib. 2. Rec.

ferir à la apelacion. Tiene lugar cuando el juez eclesiástico no otorga la apelacion que ante él se interpone, siendo admisible según derecho (1).

1360. Antes de entablar el recurso se debe preparar. Para esto la parte que se siente agraviada, si la fuerza consiste en el conocer y proceder, presenta pedimento ante el juez eclesiástico esponiendo las razones por que no le corresponde el conocimiento de aquella causa, y pidiendo se abstenga de èl, y remita los autos al juez secular á quien corresponda, protestando de lo contrario el real auxilio de la fuerza. Sino lo hiciere se pide testimonio, y con el, si le concede, y sin él, pero con testimonio del pedimento si le niega, se interpone el recurso. Si la fuerza se causare èn el modo, se debe pedir primeramente revocatoria del auto con que la infiere: de lo contrario debe interponer apelacion. Si niega el juez eclesiástico uno y otro, se debe insistir en la apelacion, protestando el real auxilio de la fuerza; y si tampoco se admite, con testimonio de ello se usa del recurso (2).

ARTÍCULO 8.°

DEL JUICIO EJECUTIVO.

1361. El juicio ejecutivo es un juicio sumario introducido à beneficio de los acreedores para que sin los dispendios y dilaciones de la via ordinaria consigan brevemente el cobro de sus créditos, atendidas solamente la verdad y equidad.

1362. La ejecucion se hace en virtud de las cosas è instrumentos que la traen aparejada, los cuales son: primero, la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada: segundo, la ejecutoria dada por tribunal superior competente: tercero, la confesion clara de la deuda hecha en juicio, y el juramento decisorio del pleito: cuarto, los conocimientos,

(1) Aut. Acordado 31 tit. 12 lib. 2. Rec.
(2) Teatro de la legisl. art. *Recurso* de fuerza.

vales y papeles, despues que el que los hizo los reconoció con juramento ante juez competente: quinto, el instrumento público y auténtico: sesto, la liquidacion ô instrumento simple, líquido de cantidad, daños é intereses, siendo reconocido por la parte con la solemnidad correspondiente: septimo, los libros y cuentas estrajudiciales reconocidas por las partes en juicio ô por instrumento público: octavo, las cédulas y provisiones de S. M. cuando no son contra derecho ni dadas en perjuicio de alguno, sin ser citado ni oido: noveno, los juros ó libranzas dadas por el Rey contra sus tesoreros y administradores: décimo, los pareceres conformes de los contadores.

1363. En virtud de cualesquiera de los instrumentos anteriores que traen aparejada ejecucion, puede pedirla no solo el acreedor, sino tambien el que tenga interes; asi, pues, puede pretenderla el socio, aunque no tenga poder de los consocios: el marido por la dote que se le prometiò y no entregò, y por los bienes parafernales, como conjunto y á nombre de su muger: el heredero del acreedor, justificando serlo contra los deudores del difunto: el comprador de la herencia contra los deudores de ella, y el fiador contra el principal obligado por lo que pagó por él, constando de la deuda y su solucion.

1364. La ejecucion se despacha regularmente contra ciertos y determinados bienes que el deudor nombra, y si no lo hace, ó se halla ausente, contra los que indica el acreedor. Primero se traba en los bienes muebles, y por su falta en los raices.

1365. Hay muchos bienes en los cuales no puede hacerse la ejecucion. Tales son las cosas sagradas y destinadas al culto divino: los aparejos y animales de labranza, sino es por derechos reales ó por diezmos: los instrumentos que tienen los artífices para el uso de su oficio; las casas, armas y caballos de los caballeros é hijosdalgos, sino es por deuda real: los sueldos de los militares: los libros

de los abogados y estudiantes: el vestido diario, cama y otras cosas necesarias al uso cuotidiano &c. (1).

ARTÍCULO 9.º

ORDEN Y FORMA DEL JUICIO EJECUTIVO.

1366. El acreedor que intenta ejecucion contra su deudor debe presentar primeramente un escrito al juez diciendo: que en atencion á que no ha podido cobrar de él su crédito que consta del documento que presenta, no obstante las repetidas amigables reconvenciones que le ha hecho, se sirva mandar se libre mandamiento de ejecucion contra su persona y bienes por la cantidad de la deuda y costas causadas, y que se causaren hasta su cumplida satisfaccion. El juez examina el instrumento presentado, y siendo de los que traen ciertamente aparejada ejecucion, manda librar el mandamiento diciendo :=*Vistos* : *líbrese mandamiento de ejecucion*. Este se entrega al acreedor, y no al alguacil, pende nulidad de ella.

1367. Pudiendo ser habido el deudor se le requiere con el mandamiento ejecutivo por medio del escribano y ministros que pasan á su casa, para que ó pague la cantidad por que se despachó, ó señale bienes en que se trabe la ejecucion. Esta, segun hemos dicho, se debe hacer precisamente en bienes muebles; no habiendolos en raices, y à falta de todos en las deudas, derechos y acciones del deudor. Si este no puede ser habido, ò no nombra bienes, ó los que nombra no son suficientes, los señala el acreedor por el órden referido. Verificada la ejecucion se deben inventariar y depositar los bienes embargados en poder de persona abonada, y el deudor debe dar la fianza llamada de *saneamiento*. Por ella asegura el fiador que los bienes ejecutados son del deudor, y que sino lo fueren se obliga

(1) LL. 7. tit. 2. lib. 1., y 25, 26, 27 y 28. tit. 21. lib. 4. y 6. tit. 17 lib. 5. de la Rec., y 3. tit. 27 Part. 3., y Cur, Filip. § 16 n. 8. y sig.

à satisfacer toda la deuda ò lo que falte con los suyos, hecha escusion en los del deudor. Esta fianza es sustancial en el juicio ejecutivo, para que no sea ilusorio; y no dándola el ejecutado, se le debe poner preso (1) (a).

1368. Hecha la ejecucion, y notificado su estado al deudor, pide el acreedor que se pregonen los bienes ejecutados á efecto de venderlos en pùblica subhasta. El juez provee á su peticion, mandando que se den tres pregones de nueve á nueve dias cada uno, si los bienes son raices, y si fueren muebles, de tres en tres dias, escluyendo los en que se dieren los dichos pregones (2).

1369. Dados estos, ó pasado el tèrmino de ellos, si el deudor los renunciò, se presenta el acreedor pidiendo que se cite al reo de remate, y el juez le manda citar, hallándose en estado. En esta citacion se le apercibe que si dentro de los tres dias siguientes al de la fecha no comparece á mostrar paga, quita ō razon legítima para no pagar, se procederá sin mas citacion á la subhasta y venta de los bienes ejecutados, para verificar el pago de la cantidad principal, costas y décima, donde haya costumbre de exigirla.

1370. Dentro de estos tres dias debe el deudor oponerse á la ejecucion, si tiene escepcion legítima que alegar. A este efecto presenta un escrito, diciendo que por tal cantidad se despachó contra èl ejecucion, se le embargaron bienes, y se le ha citado de remate; pero que mediante á tener que alegar y escepcionar contra dicha ejecucion

(1) L. 19 tit. 21 lib. 4. Rec.

(a) Hay algunos que gozan del privilegio de no poder ser presos por deudas. Tales son: 1.° Los procuradores de los pueblos que están en la corte. 2.° Los nobles è hijosdalgos, siempre que la deuda no proceda de delíto ó cuasi-delito. 3.° Los doctores ō licenciados en facultades mayores. 4.° Los labradores en tiempo de cosecha, si no es por deudas reales ò procedentes de delitos. 5.° Las mugeres. LL. 10 y 11 tit. 7. lib. 6., 4. tit. 2. lib. 6., 8. y 9. tit. 7. lib. 1., 25 y 26 tit. 21 lib. 4., 8. tit. 1. lib. 5, y 2. cap. 4. tit. 17. lib. 6. de la Rec.

(2) Dicha ley 19.

se opone á ella, y pide se le manden entregar los autos. El juez provee en estos términos:—*Hace â este parte por opuesta â la ejecucion que refiere, y se encargan â entrambas los diez dias de la ley.*

1371. La oposicion que haga el ejecutado, ó las escepciones que debe proponer, deben ser paga, promesa ò pacto de no pedir, falsedad, usura, temor ò fuerza, y otras legítimas que de derecho se deban admitir (1); y sin embargo de cualesquiera otras escepciones debe el juez llevar adelante la ejecucion. Propuesta por el reo alguna escepcion de las dichas, se le han de entregar los autos, y debe probarla dentro de diez dias, que han de contarse desde aquel en que hizo la oposicion; de manera que sino la prueba dentro de ellos, debe sentenciarse la causa de remate sin embargo de apelacion, que no debe admitirse sino en cuanto al efecto devolutivo (2).

1372. No oponièndose el deudor á la ejecucion dentro de los tres dias, ó si se opone, no probando sus escepciones dentro de los diez dias, el acreedor se presenta pidiendo que se sentencie la causa de remate. El juez llama los autos con citacion, y pasados tres dias dá su sentencia, mandando continuar la ejecucion, y hacer trance y remate de los bienes ejecutados, y de su precio, entero pago al acreedor, dando este prèviamente la fianza de la ley de Toledo ò de Madrid, segun sea la deuda; y que precedida tasacion de las costas, se espida el correspondiente mandamiento de pago.

1373. Dada la fianza, y hecha relacion de las posturas de los bienes, y de su justiprecio hecho por peritos nombrados por las partes, y pareciendo admisibles las posturas, por llegar á las dos tercias partes del valor de los bienes, se pide por el acreedor que se dé el cuarto pregon. Este se manda dar por el juez y efectuar el remate, señalando dia y hora para él, con citacion del deudor.

---

(1) L. 1. tit. 21 lib 4. Rec.
(2) L. 3. tit. 21 lib. 4. Rec.

1374. Llegado el dia, y dado el cuarto pregon, adjudica el juez los bienes al postor, otorgándole venta judicial de ellos. Pero si no se halla postor, ò si se halla no es idòneo, ò no quiere ofrecer el justo precio de ellos, puede el acreedor pretender se le entreguen en pago de su deuda, y el juez debe adjudicárselos si lo consiente el deudor, ò no lo contradice dentro de tercero dia de habèrsele comunicado esta pretension, formalizándose á su favor la correspondiente escritura. El acreedor los debe recibir en esta forma: si su valor escede al crédito, debe restituir el esceso, y sino alcanza puede repetir contra los demas del deudor por el resîduo y costas (1).

1375. La parte que se siente agraviada por la sentencia en este juicio puede apelar; pero al deudor no se le debe admitir la apelacion sino es pagada la parte; porque en este caso no tiene mas efecto que el devolutivo (2). En estos términos se sigue en juicio ordinario el grado de apelacion y suplicacion hasta la sentencia de revista. Puede tambien cualquier tercer opositor salir oponiéndose á la ejecucion hasta la sentencia para ser preferido al ejecutante; y como no se le haya hecho paga, aunque se hayan rematado los bienes, tiene lugar la oposicion.

1376. Siendo varios los acreedores que salen demandando al mismo deudor, y alegando derecho à sus bienes, se llama *concurso*. Este juicio se sigue entre el deudor y los acreedores, sustanciândose en lo principal con dos escritos de cada parte por todos los términos de la via ordinaria hasta que se pronuncia la sentencia que llaman *de graduacion, ó de preferidos*, porque en ella se señala el òrden con que deben ser pagados todos los que han probado su derecho, dando cada uno la fianza llamada *depositaria, ó de acreedor de mejor derecho* (3).

---

(1) LL. fin. tit. 27 Part. 3., y 44 tit. 13 Part. 5.

(2) L. 3. tit. 21 lib. 4. Rec.

(3) L. 11 tit. 16 lib. 5. Rec.

1377. Esta sentencia es apelable, y para poderse ejecutar, ò se ha de ejecutoriar, ó declarar por pasada en autoridad de cosa juzgada; y no apelando ninguno, ó consistiéndola todos, puede pretender el defensor del concurso se declare por tal.

ARTÍCULO 10.

DEL JUICIO CRIMINAL.

1378. Este juicio, segun hemos dicho ya, se dirige á que se imponga à los delincuentes la pena que conforme à derecho merezca su delito. En él se puede proceder de tres modos: 1.° por acusacion: 2.° por denuncia; y 3.° por inquisicion ò de oficio del juez.

ARTÍCULO 11.

JUCIO CRIMINAL POR ACUSACION.

1379. Se da el nombre de querella ò acusacion al primer escrito de la causa, en que el querellante, despues de referir el delito con sus circunstancias, espresando el nombre del delincuente, y pidiendo que se le impongan las penas debidas, solicita que se le admita una informacion sumaria sobre lo espuesto, y que hecha la suficiente se mande prender al reo, y embargar sus bienes. El juez, si la causa no es grave, comete la informacion al escribano; pero si lo es, debe recibirla por sí mismo, y resultando de ella semiplena prueba, ó indicios bastantes, libra mandamiento de prision y secuestro de bienes contra el reo.

1380. Recibida la sumaria, se toma confesion al reo preguntàndole aquello que consta de los autos à lo menos por semiplena prueba; y asi de ella como de los autos se da traslado al acusador, mandàndole que dentro de tercero dia ponga acusacion formal al reo, con apercibimiento de que no haciéndolo se declarará por no parte. Si no lo ve-

rifica en el tèrmino señalado, acusándole la rebeldìa el reo, se le manda notificar por segundo término, y por tercero que cumpla con lo mandado ; y finalmente se le declara por no parte, y se sigue la causa de oficio. Pero si el acusador formalizare la acusacion, se da traslado de ella al reo, el cual responde, y de su respuesta se da traslado al acusador : y al nuevo escrito de este contesta el reo en cuarto escrito; siguiéndose en esto y en lo demas los tràmites del juicio ordinario civil. Se recibe, pues, la causa á prueba, prorogàndose los términos : se hace publicacion de probanzas: se alega de bien probado: abona cada parte sus testigos, y tachando los de la otra, se recibe la causa à prueba de tachas. Despues se concluye para definitiva, y manda el juez traer los autos con citacion de las partes, y vistos, se sentencia, y sigue el grado de apelacion y suplicacion como en la via ordinaria.

1381. Si el acusado se presenta dentro del plazo que se le señaló para responder à la acusacion, y el acusador no comparece, le puede el juez imponer á su arbitrio una pena pecunaria, y mandarle emplazar de nuevo, señalándole término para que acuda á seguir su acusacion; y si no acudiere dentro de él, ni diese ninguna escusa justa, debe el juez absolver al acusado de la acusacion, haciendo que el acusador le satisfaga todas las costas y perjuicios que se le ocasionaron por causa de ella. Pero si ningunos se le originaron, ni fue perjudicado en su honor, puede el acusador en el têrmino de treinta dias apartarse de la acusacion con la venia del juez, quien debe concedèrsela *cuando entienda que no la desampara engañosamente, mas porque dice que la fizo por yerro* (1).

1382. De aqui se infiere que hay ciertos casos en que no puede el acusador abandonar su acusacion, ni aun con permiso del juez. El primero es cuando se ha puesto preso el acusado, y por causa de su prision ha padecido en

(1) L. 19 tit. 1. Part. 7.

su estimacion ó en sus bienes: el segundo es cuando sabe el juez con certeza que fué maliciosa ó falsa la acusacion; y el tercero cuando se acusa una traicion contra el Rey ó República, alguna falsedad, algun hurto ó robo hecho á algun lugar sagrado, ó al Rey; ó el abandono de algun castillo ó fortaleza, cuya guarda hubiese sido encomendada á algun caballero ú oficial militar. En cualquiera de estos casos se halla precisado el acusador á segir y probar su acusacusacion; y si la desamparase ha de sufrir la pena que debia imponerse al acusado, acreditándose el crímen de que le acusaba. Se esceptúan, no obstante, aquellas personas que segun las leyes no deben sufrir pena alguna, aunque no prueben el contenido de sus acusaciones (1).

ARTÍCULO 12.

JUICIO CRIMINAL DE OFICIO, YA SEA POR DENUNCIA, Ó POR INQUISICION.

1383. De este modo se procede siempre que no se presenta ningun acusador contra los delitos. Para evitar su impunidad, que seria tan dañosa à la sociedad, pueden los jueces proceder de oficio, ó por si mismos, á investigarlos, y averiguar sus autores, para imponerles el correspondiente castigo.

1384. Para que el juez proceda de oficio es necesario que tenga noticia del delito; y esto puede ser, bien por fama ó rumor que corra en el pueblo, bien por denuncia ó delacion. Esta es un aviso del delito que se da estrajudicialmente al juez para que ponga enmienda, ò imponga castigo. Puede hacerse por mèdio de alguna carta dirigida al juez ó de palabra á este ante escribano, quien debe poner por escrito el hecho acaecido con todas sus circunstancias, à fin de que puedan hacerse las correspondientes averiguaciones; pero lo mas comun es que el denunciador,

---

(1) LL. 20 y 21 tit. 1. Part 7.

por no enemistarse, avise secretamente á los alguaciles, escribano ó juez, para éste siga de oficio la causa si le parece conveniente.

1385. En toda causa criminal lo primero que se ha de averiguar es, segun la espresion forense, *el cuerpo del delito*; pues no habiendo delito justificado, no puede haber delinquente, y antes, por ejemplo, que alguno pueda ser convencido de homicida, es necesario hacer constar que ha habido un hombre muerto. Luego, pues, que llega á noticia del juez que se ha cometido algun delito, hace un auto que se llama *cabeza de proceso*: en el refiere que habiéndosele dado noticia en aquel instante, que son las tantas horas de la mañana, tarde ó noche del dia presente, de que en tal sitio se ha cometido tal delito, por tanto, para averiguar la verdad del hecho, y castigar como corresponde á los delinquentes, manda formar dicho auto; à cuyo tenor y demas circunstancias que resultaren se examinen los testigos que pueden ser sabedores del caso, para lo cual, y practicar las demas diligencias oportunas, pasará personalmente el juez (a).

1386. Inmediatamente que ha proveido el auto referido debe el juez comenzar á formalizar las justificaciones del cuerpo del delito, con estension por menor de todas sus circunstancias y particularidades, bien sea en homicidios, mutilaciones de miembros, heridas, robos, latrocinios, ó cualquiera otro crímen grave; á recibir la sumaria de las personas que puedan declarar la verdad de los hechos y sus autores, evacuando las citas que se vayan haciendo. Constando ya del delito, y resultando indicios bastantes contra alguno por la sumaria, se librará mandamiento de prision contra él, y contra todos los que resultaren reos: se les

---

(a) Si el delito no es muy grave, y el juez está ocupado en otros asuntos de administracion de justicia, se puede cometer la averiguacion al escribano, siendo hombre de habilidad y de buena conciencia.

mandaràn embargar y secuestrar sus bienes, y se depositaràn en persona abonada.

1387. Concluida la sumaria, y apareciendo justificados el delito y delincuentes, debe el juez proveer un auto en que declara por bastante la informacion recibida; por bien presos los reos, y sus bienes por bien secuestrados; mandando al mismo tiempo que se les tomen sus confesiones.

1388. La confesion del reo viene à ser la contestacion de la causa, y es la última diligencia de la sumaria. Esta comienza preguntándole como se llama, de donde es natural y vecino, y que edad tiene. Si de aqui resultare ser menor de veinte y cinco años, se le debe nombrar curador *ad litem.* Este, habiendo aceptado el cargo, y hecho el juramento correspondiente, entrará á ver jurar al reo. Despues saldrá del lugar ó pieza de la confesion, mientras se le recibe, y se le hacen todas las preguntas y repreguntas conducentes sobre lo que resulta de la sumaria. Concluida la confesion debe el curador volver à entrar, para que en presencia suya se lea al reo su declaracion, y ratificándose en lo dicho la firman ambos ó el que supiere (a).

1389. Si hay fiscal, ò parte por la vindicta pùblica, se provee auto por el juez mandando que se le dé traslado de los autos para que en vista de ellos formalice su acusacion, y pida lo que corresponde segun derecho (b).

(a) La confesion en realidad de verdad no se concluye, sino que se suspende, dejàndola abierta para continuarla siempre que convenga; lo que tambien se hace en todo lo perteneciente à recibir deposiciones de testigos; y asi lo debe espresar el juez en el auto que provee despues de la confesion.

(b) No habiendo parte por la vindicta pública, y siendo grave la causa, nombra el juez de oficio promotor fiscal á algun abogado ú otro sugeto capaz. A este se le pasa la causa para que en el término que se le señala formalice la acusacion, y pida lo que convenga segun derecho. Este auto se le hace saber para que acepte y jure desempeñar bien y fielmente tal encargo. Al mismo tiempo se hace saber al reo el estado de la causa para que nombre abogado y procurador que le defiendan, y otorgue á favor de este el correspondiente poder, con apercibimiento

De la acusacion, y de todo lo que pidan, se da traslado al reo para que en el tèrmino que se le señale alegue lo que le convenga. De este alegato ò defensa se vuelve á dar traslado al promotor fiscal, y despues al reo, quien por último satisface en cuarto escrito. Despues pide el promotor fiscal que se concluya en la causa para prueba, y de su peticion se da traslado, con término à lo mas de tres dias al procurador del reo. No contradicièndose con fundamento la conclusion, manda el juez se traigan los autos para proveer lo que corresponda, segun estado, citando antes à las partes.

1390. Evacuado esto, provee el juez que se reciba la causa á prueba por el término de nueve dias comunes á todos los interesados, para que dentro de ellos pidan y justifiquen lo que les convenga. Este término, con consideracion à la gravedad de la causa, número de los reos, y mayor ó menor dificultad de dar las pruebas, puede el juez ir prorogando hasta los ochenta de la ley, y no mas. Dentro de èl se ratificaràn los testigos del sumario: se examinarán de nuevo los que conviniere á la justificacion de la causa; y se recibirán las pruebas.

1391. Concluido el término de prueba, y á peticion del promotor fiscal ò del reo, ó si no de oficio (a), el juez provee, que habiéndose cumplido el término de prueba, lo que ha de certificar el escribano de la causa, se haga publicacion de probanzas, las cuales, unidas al proceso, se han de entregar á las partes por su òrden y por tiempo determinado, para que en su vista aleguen y pidan lo que les convenga. El promotor fiscal alega de bien probado y pide se imponga al reo la pena que conforme á derecho le corresponde. De este alegato se da traslado al defensor del

de que no haciéndolo se substanciará la causa en rebeldía, y su omision le parará el mismo perjuicio que su espreso consentimiento.

(a) Cuando no hay promotor fiscal, ni parte por la vindicta pública, el juez sigue todos estos trámites de oficio.

reo, quien satisface con otro, de que se vuelve á dar traslado al promotor fiscal, el cual concluye para definitiva (a). El juez ha por conclusa la causa, y manda se traiga para proveer, citadas las partes (b).

1392. Para pronunciar la sentencia ha de instruirse el juez perfectamente de cuanto resulte del proceso, tomándose todo el tiempo necesario para ello, y para formar un juicio acertado y maduro. Si bien instruido de lo que resulte de los autos advierte que está plena y claramente probado el delito contra que se procede, da su sentencia, condenando al delincuente en la pena prescrita por las leyes; y de lo contrario le debe absolver, aunque tenga contra sí algunos indicios y presunciones; con especialidad si el castigo habia de ser la pérdida de la vida, para la cual *por ser la persona del hombre la cosa mas noble del mundo*, exige una ley pruebas *ciertas ê claras como la luz*, *de manera que non pueda sobre ellas venir dubda ninguna* (1).

1393. En el caso de no haber contra un reo pruebas claras del delito sino graves y fundados indicios que no ha podido desvanecer, se practica que semejante reo sea ab-

---

(a) Siempre que falta acusador ó parte ofendida que quiera hacer de tal, ó persona nombrada segun la ley para la causa en particular, que acuse en satisfaccion de la vindicta pública, é inste por el castigo y ejemplo, despues de tomada la confesion al reo provee el juez un auto en que le hace cargo de la culpa que resulta contra él de los autos, y se le manda dar traslado de ellos: recibe la causa á prueba con el término que le parece, con todos cargos de publicacion, conclusion y citacion para sentencia; y manda que se ratifiquen los testigos de la sumaria, y los peritos que hubieren depuesto en comprobacion del delito, y se reciban otros. Todo esto comprende el auto que llaman *de cargo y culpa*, el cual se notifica al reo para que se descargue y pruebe su inocencia; y se le conceden las prorogaciones de término que fueren menester.

(b) Los jueces no letrados en este estado deben remitir el proceso cerrado, y por conducto seguro á algun abogado, con cuyo parecer ó dictamen absuelvan ó impongan al reo la pena que merezca.

(1) L. 26 tit. 1. Part. 7.

suelto solamente de la instancia, para que pueda suscitarse de nuevo el juicio por el mismo crìmen, siempre que se produzcan otras pruebas contra él.

1394. Dada la sentencia, el reo por lo regular apela, y se sigue el grado de apelacion y suplicacion, como se dijo en el juicio ordinario civil.

ARTÍCULO 13.

JUICIO CRIMINAL CON EL REO AUSENTE.

1395. Si el reo contra quien se ha de proceder criminalmente no puede ser habido, siendo el delito de calidad que por él se deban secuestrar los bienes del reo, si se secuestran, y el acusador ó fiscal pide que sea llamado por edictos y pregones, presentando certificacion del alguacil que asegure como le ha buscado y no puede ser habido, y del alcaide ó carcelero de que no se ha presentado en la cárcel ni está preso, entonces manda el juez despachar el primer edicto, en el cual espresa el delito, y ordena al reo que comparezca à defenderse dentro de nueve dias, que le oirá y harâ justicia; con apercibimiento que de no hacerlo, procederá en su rebeldía como hallare por derecho, y le declarará los estrados de su audiencia por bastantes, para que con ellos se hagan los autos hasta la definitiva. Se espresa ser el primer edicto, y se manda publicar en la casa del reo, si la tiene, y fijar en lugar público acostumbrado.

1396. Si no parece al plazo, se le acusa rebeldía, y se pide que se despache segundo edicto; y el juez, con certificacion del alcaide de que no se ha presentado el reo, ni está preso, le condena en la pena llamada *del despréz*, que son sesenta maravedís; y provee que se despache segundo edicto, en que le manda comparecer dentro de otros nueve dias, y que se fije en su casa y en el lugar acostumbrado. Sino parece al plazo, se le vuelve à acusar re-

beldía pidiendo se le despache el tercer edicto, y que se le condene en la pena llamada *del homecillo*, que es de seiscientos maravedís: el juez le condena en ella, ó en otra arbitraria, que es lo que se acostumbra, certificado antes de que no se ha presentado, ni está preso; y manda que sea llamado por tercer edicto, que se publicará y fijarà como los anteriores. Sino comparece, el acusador ó fiscal le acusa rebeldía, y pide que se le dé traslado de la sumaria informacion para ponerle la acusacion en forma, y pedir lo que corresponda en justicia; y el juez, con la tercera certificacion del carcelero, manda que se dé al acusador el traslado que pide, y que formalice su acusacion.

1397. Presentada esta, el juez manda que el reo ausente responda dentro de tercero dia, y que se le notifique asi en los estrados de su audiencia, que declara por bastantes. Notificado el auto á los estrados, y pasados los tres dias, el acusador le acusa rebeldía, y pide que se reciba la causa á prueba. El juez la ha por acusada, y recibe la causa á prueba por el término que le parece; lo que se notifica al querellante y á los estrados por el reo ausente. Se reciben las pruebas, se ratifican los testigos de la sumaria, se hace publicacion de probanzas, y en todo se sigue la causa por los trámites ordinarios de derecho hasta que se da sentencia definitiva conforme al proceso; entendiéndose para todo con los estrados, á quienes se hacen las notificaciones.

1398. Si el reo comparece al segundo plazo, debe pagar la pena del despréz y costas, y será oido: si pareciere al tercer plazo, á mas de esto pagará la pena del homecillo, y tambien será oido; y lo mismo serà presentándose, ó siendo preso antes de la sentencia definitiva, ò despues de ella, dentro de un año.

1399. Siguiéndose la causa de oficio por solo el juez, luego que se libre el mandamiento de prision en virtud de la sumaria, constando por certificacion del alguacil que no puede ser habido el reo, y por la del alcaide que no se ha pre-

sentado en la càrcel, ni está preso, se despachan los tres edictos como va dicho, al fin del plazo de cada uno, y cumplido el tercero pronuncia auto el juez en que recibe la causa á prueba con todos cargos de publicacion, conclusion y citacion para sentencia, mandando que se ratifiquen los testigos de la sumaria, y se examinen otros, y que se notifique este auto á los estrados. Se hacen las prorogaciones necesarias del tèrmino probatorio, y pasado se sentencia la causa definitivamente.



INDICE

DE LOS TITULOS.

LIBRO PRIMERO.

LIBRO SEGUNDO.

LIBRO TERCERO.

LIBRO CUARTO.

FE DE ERRATAS.

PAG.	LINEAS	DICE	LEASE.
2	25	medio	*miedo*
2	Nota 1.ª	L. 3 tit. P. 3.	*L. 3 tit. 1 P. 3.*
16	21	que se deben	*á que se deben*
21	20	no civil, sino naturalmente	*no natural, sino civilm.te*
57	10	el matrimonio define	*el matrimonio se define*
64	14	si en la linea recta se encuentra	*si la linea recta se cuenta*
69	última	consejos	*concejeros*
71	ultima	á escepcion de	*á escepcion de la*
81	Nota 1 al fin.	L. 1 tit. 16 P.	*L. 1. tit. 16 P. 4.*
id.	Nota 3 al fin.	y 1 tit., 5 R.	*y 1 tit. 4 lib. 5 R.*
95	Nota 1	L. tit. 16 P. 6.	*L. 9 tit. 16 P. 6.*
143	Nota 2 al fin	L. 3, § id. § servus autem	*L. 3 tit. id. § servus autem*
144	3.ª	por el daño de la cosa	*por el dueño de la casa*
164	1.ª	lss	*los*
167	Nota 2	arbitros	*arbitrios*
168	1.ª	adtrimonio	*patrimonio*
184	29	varias acciones	*varias accesiones*
300	22	gana	*no gana*
382	Nota 2	L. cui Tundus	*L. cui Fundus.*
id.	6.ª	pena de comiso	*pena de compromiso*


UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 10 12 23 13 006 4